

**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales**

**Carrera de Derecho**



**VALIDEZ Y EFICACIA DEL TESTIMONIO  
EN EL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO**

**Monografía previa a la obtención del Título  
de Abogada de los Tribunales de Justicia  
de la República del Ecuador y Licenciada  
en Ciencias Políticas y Sociales.**

**Autora: Cecilia Beatriz Peñaloza Piña**

**Director: Dr. Kaisser Patricio Machuca Bravo**

**CUENCA – ECUADOR**

## RESUMEN

En este trabajo monográfico se estudia en términos generales el Divorcio y la Prueba testimonial, con el fin de que el lector conozca un poco de estas dos figuras jurídicas que a lo largo de la historia han tomado fuerza, y en la actualidad se siguen manteniendo dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, y para que posteriormente, se pueda comprender de mejor manera la importancia que tiene la prueba dentro de un proceso o juicio, en este caso me refiero a la testimonial dentro del juicio de divorcio contencioso.

Es nuestro objetivo dar a conocer el valor que tiene la prueba testimonial, su validez y eficacia, para demostrar las diferentes causales de divorcio, es por ello que se ha realizado un análisis exhaustivo en cada una de las nueve causas de disolución del vínculo matrimonial, para determinar en cada caso, si este es el medio más idóneo para dotar al Juez de suficientes elementos de convicción para que pueda fallar favorablemente; para ello hemos tenido en cuenta, las reformas realizadas al Código Civil y otra normativa vigente a la fecha de realización de esta monografía con el fin de dar una visión actualizada para que tanto estudiantes, profesionales y la sociedad en general tengan una guía respecto de este tema.

Palabras clave: Eficacia del testimonio, validez del testimonio, prueba testimonial, divorcio contencioso, Causales de divorcio, Código Civil,

## ABSTRACT

In this monograph is discussed in general terms the Divorce and the testimony as evidence, this in order to the reader knows of these two legal concepts which throughout history have gained strength and today are still maintained within our Legal system and subsequently to better understand the importance of evidence in a proceeding in this case the testimony in the trial of contested divorce.

It is our goal to release the value of the testimony, their validity and effectiveness, to show the different grounds for divorce, that's why I have done a full analysis of the nine causes of dissolution of marriage, to determine each case, if this is the most appropriate means to give the judge sufficient grounds and may fail favorably; for that we have taken into account, the reforms made to the Civil Code and other regulations to valid to the date of completion of this

Monograph in order to give current vision to students, professionals and society, in general to they have a guide about this theme

**Keywords:** Effectiveness testimony validity of testimony, testimony, divorce litigation, grounds for divorce, Civil Cod.

**INDICE DE CONTENIDO.**

<b>RESUMEN</b>	<b>2</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>3</b>
<b>CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR</b>	<b>6</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>8</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>9</b>
<b>VALIDEZ Y EFICACIA DEL TESTIMONIO EN EL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>13</b>
1.1 Datos Históricos: del Divorcio y la Prueba Testimonial.	13
1.1.1 El Divorcio.	13
1.1.2 La Prueba Testimonial.	19
1.2 Importancia de la Prueba Testimonial.	21
1.3 Objeto y Fin de la Prueba Testimonial.	23
1.4 Clases de Testigos	24
<b>CAPITULO II</b>	<b>26</b>
2.1 La Prueba Testimonial y las causales de Divorcio: Validez y Eficacia.-	26
2.1.1 Requisitos de Validez	28
2.1.2 Requisitos de Eficacia.	33
2.2 El Adulterio de Uno de los Cónyuges.	37
2.3 Los Tratos Crueles o Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar.	47
2.4 El Estado Habitual de Falta de Armonía de las dos Voluntades en la Vida Matrimonial.	60
2.5 Las Amenazas Graves de un cónyuge contra la vida del otro.	68
2.6 Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.	72
2.7 Los Actos Ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de Involucrar al otro o a los hijos en Actividades Ilícitas.	77
2.8 La Condena Ejecutoriada a Pena Privativa de la Libertad Mayor a 10 Años.	83
2.9 El que uno de los cónyuges sea Ebrio Consuetudinario o Toxicómano.	88
2.10 El Abandono Injustificado de cualquiera de los conyugues por más de Seis Meses Ininterrumpidos.	93
<b>CAPITULO III</b>	<b>102</b>
3.1 Jurisprudencia al Respecto.	102
3.2 Índice de Divorcios Contenciosos del año 2014.	107
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>111</b>



<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>117</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>120</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>123</b>



## CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

Yo; Cecilia Beatriz Peñaloza Piña, autora de la monografía “Validez y Eficacia del Testimonio en el Juicio de Divorcio Contencioso”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Artículo 5, literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicaría afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Diciembre 2015.

Cecilia Beatriz Peñaloza Piña.

C.I: 010522452-1



## CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo; Cecilia Beatriz Peñaloza Piña, autora de la monografía "Validez y Eficacia del Testimonio en el Juicio de Divorcio Contencioso", declaro expresamente que todas las ideas, criterios, comentarios y contenidos expuestos en la presente investigación son de mi exclusiva responsabilidad.

Cuenca, Diciembre 2015.

Cecilia Beatriz Peñaloza Piña.  
C.I. 010522452-1



## DEDICATORIA

El presente trabajo va dedicado,  
al amor más puro y sincero que  
Dios me pudo regalar: Mi Familia;  
de manera especial a mis padres y a mi hijo:  
MIGUEL, MERCEDES y mi pequeño MATEITO.  
Papito de mi vida con tu guía, apoyo, sabiduría y amor,  
has sido el pilar fundamental en el transcurso de mi existencia  
hoy puedo decir con gran satisfacción y alegría  
que “Juntos” hemos culminado esta meta.  
Mi mayor respeto y admiración a mi padre  
por haberme inculcado grandes valores.



## AGRADECIMIENTO

En primer lugar quiero agradecer a Dios por haberme dado unos padres tan maravillosos, el amor de mi esposo y sobre todo un hijo tan bueno, cariñoso y responsable, ellos han sido el pilar fundamental en mi vida y gracias a ellos he podido culminar esta meta.

A mi papito; Miguel, más que un padre, amigo, el apoyo incondicional que permanece a mi lado siempre, con sus consejos y regaños he logrado realizar la más grande de mis metas; esta constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir.

A mi esposo y a mi hijo, quienes han estado a mi lado en esta lucha constante, con sus palabras de aliento, gracias por el inmenso amor recibido.

A mis hermanas y hermanos por su apoyo, compañía, cariño en especial a la más chiquita; Bertha, gracias por todo.

A esta prestigiosa Universidad de Cuenca, por haberme abierto sus puertas como estudiante de Derecho en la Facultad de Jurisprudencia, así también a mis maestros quienes supieron impartirme sus conocimientos, forjándome académicamente, mi gratitud para ustedes en especial para el Magíster Manuel Quesada Orellana.

De manera especial quiero agradecerle a Usted Dr. Kaisser Machuca Bravo, por ser un excelente Maestro, por dedicar su tiempo y tutoría en la realización de este trabajo monográfico.

No quiero dejar de agradecer a mis segundos hermanos; Andrea, Jéssica y José, por el tiempo compartido en las aulas de clase, por las experiencias vividas, por su apoyo incondicional, por ser esa chispa de felicidad y carisma que aún siguen presente en mi vida.

## INTRODUCCION

A lo largo de mi vida estudiantil en la carrera de derecho, sobre todo cuando cursaba el quinto año de la carrera, al realizar las prácticas en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad de Cuenca, pude evidenciar los diversos problemas sociales, mismos que en ciertos casos se conformaba en una figura jurídica que daba a la persona afectada la opción a reclamar su derecho violentado, una vez que procedía dicho reclamo debíamos tener en cuenta de que los hechos alegados debían ser probados en la etapa correspondiente dentro del respectivo proceso, con los medios probatorios idóneos al caso; bajo la base de quien alega está llamado a probarlo; en un proceso el actor formula su demanda, alega hechos y sobre ellos demanda una pretensión con fundamento en una norma de derecho, momento en el que contrae la carga de la prueba, así también el demandado esgrime sus excepciones y ocasionalmente formula proposiciones afirmativas y negativas sobre las pretensiones del actor, en este caso aquel también asume la carga de la prueba de sus propias afirmaciones.

De la actividad probatoria depende que las pretensiones de las partes sean acogidas o rechazadas por el juez, en virtud de que su resolución no puede estar fundamentada en Hechos que no se encuentren probados en el proceso. De tal manera que la prueba se ha convertido en un requisito sine qua non dentro de los diversos procesos, teniendo la misma, enorme importancia no solo en el campo del derecho, sino que trasciende el campo general de este, extendiéndose a todas las ciencias que integran el saber humano e inclusive a la vida práctica cotidiana.

Uno de los conflictos sociales latentes en la actualidad y que no solo se presenta en el Consultorio Jurídico, es con frecuencia la figura jurídica del divorcio, tanto voluntario como contencioso, siendo el segundo uno de los más tramitados en las Unidades Judiciales de la Familia Mujer Niñez y Adolescencia, el divorcio contencioso se da cuando uno de los cónyuges no quiere divorciarse, en este caso el cónyuge interesado presentara la demanda correspondiente basando su petición en una de las causales

establecidas en el código Civil. El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos revela que ha ido aumentando el índice de divorcios en nuestro país.

Partiendo de la figura jurídica del divorcio y teniendo en cuenta que esta debe ser probada en juicio, surgen dos temas importantes de análisis en esta monografía, las causas de divorcio contencioso y la Prueba testimonial, temas amplios que sería imposible abarcar todo su contenido en esta monografía es por ello que en este caso realizare un estudio de la prueba testimonial dentro de la figura jurídica del divorcio contencioso, para posteriormente determinar su eficacia y validez dentro de las causales de divorcio establecidas en el artículo 110 del código Civil.

La prueba testimonial es tan antigua como la humanidad incluso podría decir que es la más antigua junto con la confesión; dicha prueba se deduce de la lógica y espontaneidad del uso del lenguaje como medio de comunicación entre los seres humanos. La prueba testimonial en algunos casos ha sido considerada como la principal para administrar justicia, se consideraba como indiscutible el viejo principio “el testimonio de dos o tres personas es suficiente” también el proverbio Francés “testigos priman sobre escritos” sin embargo a medida que se dio cabida al documento se restringió la aceptación de testimonios para casos de mayor importancia, considerándose a la prueba testimonial como la excepción, afirmación que considero es un tanto exagerada en virtud de que la misma se sigue utilizando en el proceso civil como penal, incluso me atrevería a decir que la prueba testimonial es la más utilizada y en muchas ocasiones la única.

Considero que la prueba testimonial dentro del juicio de divorcio contencioso es el medio idóneo para probar algunas, mas no todas las causales establecidas en el artículo 110 del Código Civil; de tal forma que no siempre la prueba testimonial será válida y eficaz para demostrar el hecho que aleguemos en la demanda de divorcio contencioso, por ello será indispensable determinar el medio probatorio idóneo para demostrar, dar certeza, hacer conocidos del juez los hechos controvertidos sobre los cuales deberá resolver objetivamente.



Esta monografía consta de tres capítulos distribuidos de la siguiente manera y que vale la pena sea analizado y posteriormente sirva como guía tanto a estudiantes, maestros, profesionales y a la sociedad en general. En el primer capítulo se tratara antecedentes históricos de las dos figuras jurídicas antes mencionadas así también hablaremos de la clase de testigos, de la importancia, objeto y fin de la prueba testimonial; el segundo capítulo se centrará en el estudio del tema de esta monografía, analizando la eficacia y validez del testimonio en cada una de las causales de divorcio contencioso y, finalmente en el tercer capítulo encontraremos las conclusiones de esta monografía y adjuntaremos la jurisprudencia que dará relevancia a la misma y un estudio de los índices de divorcio del año 2014 en nuestro país.

## **VALIDEZ Y EFICACIA DEL TESTIMONIO EN EL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO**

### **CAPÍTULO I**

#### **1.1 Datos Históricos: del Divorcio y la Prueba Testimonial.**

##### **1.1.1 El Divorcio.**

Etimológicamente la palabra divorcio vine del latín “divorcium”, de divertere” que significa “separar”; de tal manera que el divorcio supone la disolución del vínculo matrimonial válidamente contraído (Meza, 133). Citaré a algunos tratadistas para tener una noción más amplia de lo que es el divorcio; comenzaré con el maestro Guillermo Cabanellas, quien manifiesta que Divorcio es la “Separación por sentencia legal de dos casados que debían estar juntos”. (146)

Para Juan Larrea Holguín el Divorcio “Es la separación de los conyugues, la separación temporal o definitiva de la vida en común” (348)

Para el distinguido Jurista Luis Parraguez, divorcio “Es la ruptura del vínculo matrimonial valido, producido en la vida de los conyugues, en virtud de una resolución judicial”.<sup>1</sup>

Manuel Somarriva U. nos dice que Divorcio es “la ruptura del vínculo matrimonial, válidamente contraído, fundado en causa legal, en virtud de una sentencia Judicial y habilita a estos para volverse a casar”. (97)

Como podemos observar de acuerdo a estos criterios el divorcio es la disolución, separación del vínculo matrimonial de forma absoluta, declarado en sentencia Judicial por el juez competente en virtud de preexistir el Matrimonio; de tal manera que a partir de ese momento queda sin efecto los Derechos y Obligaciones que implica el matrimonio, a más de ello en virtud del divorcio tanto el hombre como la mujer quedan libres y podrán contraer matrimonio nuevamente.

---

<sup>1</sup> Citado por Hernán Bravo, pag.23

El divorcio sin duda es una figura jurídica que data de tiempos antiquísimos como consecuencia de la institución matrimonial. El divorcio inicialmente se dice que fue una simple separación ya que el matrimonio era simple emparejamiento o unión, así el matrimonio siendo una institución poco formal también poco formal fue el divorcio; de tal manera que cuando una pareja no se comprendía era sencillo separarse.

Somarriva, manifiesta que:

La institución del divorcio no era conocida en algunos pueblos ni fue aceptada por cuestiones religiosas, en virtud de que su criterio era muy marcado al considerar que la institución del matrimonio era indisoluble. Conforme el Derecho canónico en los siglos XV y XVI la iglesia católica tuvo bajo su amparo todo lo relacionado con el matrimonio; pues este derecho considera al matrimonio como un sacramento que une de forma indisoluble a los conyugues; la iglesia católica siempre ha dado muestras de la inaceptación del divorcio, parten de la premisa de que el matrimonio es un vínculo que perdura para toda la vida pues consideran que, lo que Dios ha unido, no lo separa el hombre; es así que la iglesia considera al Divorcio como una figura que desnaturaliza su esencia y enseñanzas del mismo Dios, de tal manera aceptar el divorcio acabaría con la religión misma sembrando la duda y desconfianza, es así que para la iglesia el matrimonio consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano más que la muerte.

En el concilio de Trento, celebrado en el siglo XVI se estableció de manera oficial la indisolubilidad del vínculo matrimonial, en dicho concilio se instituyó que el matrimonio era perpetuo e indisoluble, pero se introdujo una institución similar al del divorcio que es la separación de cuerpos en donde se mantiene el vínculo matrimonial, es decir continúan casados pero exentos de hacer vida común, esta figura también fue adoptada en algún momento en nuestra legislación.

A mediados del siglo XVI fue Lutero el iniciador y partidario de la disolución del vínculo matrimonial, creando una reacción a favor del divorcio que termina con el advenimiento de la revolución Francesa, consecuencia de esto en Francia se dicta la ley del Divorcio el 20 de septiembre de 1792, esta ley si bien fue revolucionaria, doctrinariamente fue exagerada, estableció únicamente el divorcio por mutuo consentimiento, mismo que cayó en abuso, más del cuarenta por ciento de matrimonios he inclusive

personas respetuosas de los derechos de la iglesia recurrían a esta figura para terminar con el vínculo matrimonial, por tanto abuso, por ser una ley liberal; en 1816, Luis XVIII respetuoso de los principios de la iglesia sobre el matrimonio, puso fin a esta legislación revolucionaria, consigue abolir el divorcio y debió pasar muchos años para que en Francia se restableciera la figura del Divorcio nuevamente. (110)

En los pueblos patriarcales, existía el divorcio solo para el hombre en su gran mayoría, en aquellos pueblos el matrimonio se realizaba por compra o captura, en este caso la mujer era considerada como propiedad del hombre; de esta forma el marido disponía de su mujer libremente a tal punto que si la mujer ofendía a su marido con la infidelidad este podía castigarla con la muerte o venderla en calidad de esclava.

En los pueblos matriarcales su costumbre era totalmente diferente, pues en estos predominaba la mujer, la madre era la cabeza de familia y la descendencia se trazaba a través de ella; cuando las hijas contraían matrimonio eran ellas la que llevaban a su esposo a vivir en casa de su madre, en caso de divorcio era la mujer la que dejaba las pertenencias de su esposo en la puerta de su casa y por tal separación era la mujer quien se hacía cargo de sus hijos y disponía del matrimonio de estos.

En el antiguo Egipto la figura del divorcio era totalmente aceptada ya que el mismo no era considerado como una figura jurídica o religiosa sino más bien un simple acuerdo de fidelidad mutua que podía ser disuelto sin formalidad alguna; el divorcio podía ser solicitado tanto por el hombre como por la mujer y las causas para solicitar el mismo eran: por incapacidad para tener descendencia o por adulterio. En caso de que el divorcio lo solicitaba el hombre y no se le imputase ninguna falta grave a su cónyuge este debía darle la tercera parte de los bienes y en caso de que el divorcio lo haya solicitado la mujer y comprobare la infidelidad de su esposo esta podía reclamar las dos terceras partes del patrimonio que habían adquirido a lo largo de su vida matrimonial.

En la cultura mesopotámica, en el compendio de leyes que llevaban el nombre del rey Hammurabi, de los doce apartados que tenía, dedico uno exclusivamente a la familia en la cual incluyó

disposiciones sobre el divorcio. Cuando el marido tenía culpa de la separación y la mujer tenía hijos suyos recibían su dote más una parte de los bienes familiares para que no sobreviviera en pobreza y vuelva a contraer nuevas nupcias y en caso de no quedar hijos el marido le hacía entrega únicamente de la dote y las arras. (Aguirre, 22)

En caso de que la culpable fuese la mujer de dicha separación por despilfarradora, ociosa o cruel con su marido, al comprobarse los hechos de los que se le acusara la mujer era expulsada del hogar o podía quedarse bajo la condición de esclava. Según la Ley Hammurabi, la mujer tenía también la facultad para proponer la acción de Divorcio con la condición de que si era buena esposa y aquella probaba que era maltratada en el hogar tendría derecho a que se le regrese su dote y vuelva a vivir con sus padres, pero en caso de comprobarse lo contrario la mujer era condenada a ser arrojada al agua para que muera ahogada.

En Roma Imperial el Divorcio se denominaba “divortium” o “repudium” el primero de ellos por voluntad y el segundo controvertido; el procedimiento inicialmente para divorciarse voluntariamente no ameritaba formalidades especiales siendo suficiente que los conyugues declaren públicamente ante sus parientes y amigos que es su voluntad separarse sin embargo, esto cambió al adquirir nuevas formalidades envés de parientes y amigos la declaración debían hacerlo ante autoridades y testigos finalizando dicho acto con la suscripción de una acta que declaraba la terminación del matrimonio. En el divorcio controvertido era necesario ver sobre cuál de los conyugues recaía la culpabilidad y la justa causa, misma que eran diferentes para cada uno de ellos entre ellas tenemos:

Justa Causa para el Marido.

1. El adulterio de la Mujer
2. La concurrencia de la mujer a baños, espectáculos públicos, banquetes en compañía de extraños sin el permiso del marido.
3. El sostener conversaciones fuera del domicilio con extraños.



### Justa Causa para la Mujer.

1. Si el marido hubiera intentado prostituirla.
2. El tener concubina.
3. Si el marido hubiere acusado de adulterio falsamente a su mujer.

### Justa Causas para Ambos.

1. Atentado contra la vida.
2. Injuria Grave.
3. Sevicia.
4. El cometimiento de un crimen.(Aguirre, 23)

Actualmente en la mayoría de países la institución del divorcio, entendido este como la disolución del vínculo matrimonial, ha sido aceptada en cada una de sus legislaciones; mismas que lo han regulado de diversa manera y han establecido las medidas legislativas necesarias para evitar el abuso de esta figura jurídica.

En el Ecuador simultáneamente con la figura jurídica del matrimonio asomo la del divorcio, previsto en lo que fue la Ley del Matrimonio Civil, instituida en el año de 1902. Inicialmente el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial sino suspendía la vida en común de los conyugues; existía el divorcio temporal y el divorcio perpetuo, en ambos casos el divorcio no disolvía el matrimonio sino su efecto legal consistía en suspender la vida común de los cónyuges pero el divorcio temporal permitía a los conyugues volverse a unir dentro del plazo de 10 años, mientras que el divorcio perpetuo duraba toda la vida; así mismo se estableció dentro de esta ley de forma explícita las causas para acogerse a una de estas dos clases de divorcio; 100 años más tarde nuestra legislación ecuatoriana en el art 104 del código Civil establece las causas para la terminación del matrimonio siendo una de ellas el divorcio, mismo que podía ser controversial o por mutuo consentimiento, en caso de ser controversial este debía sujetarse a las causales que se encontraban previstas en el art 109 del código Civil.

La figura jurídica del Divorcio en nuestro país se encuentra regulada en el Código Civil ecuatoriano en el Título III, párrafo 2º. De la terminación del Matrimonio; dentro de este párrafo encontramos en el artículo 105 las causas para la terminación del matrimonio:

*Artículo 105. Causas de terminación del matrimonio.-* El matrimonio termina:

1. Por la muerte de uno de los conyugues ;
2. Por la sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3. Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión efectiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por Divorcio.

De forma clara nuestra legislación regula la figura jurídica del divorcio en el artículo antes mencionado, como uno de los medios para terminar el matrimonio; el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio conforme al siguiente artículo:

*Artículo 106 Del Código Civil.- Disolución del vínculo Matrimonial.-* El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en la que se ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del conyugue demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.

Nuestra legislación regula el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio contencioso, para ello se ha establecido en el Artículo 110 del Código Civil las causas de divorcio contencioso, nuestro código establece actualmente 9 causales que pueden dar lugar al divorcio; este tipo de divorcio deberá ser declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada en virtud de la demanda propuesta por el cónyuge que se considerara perjudicado por la existencia de una o más de dichas causales.

### 1.1.2 La Prueba Testimonial.

Respecto de este tema Echandía manifiesta que:

La prueba testimonial es tan antigua como la humanidad, tan vieja junto con la confesión; la prueba testimonial se deduce lógica y espontáneamente del uso del lenguaje como medio de comunicación y relato entre los seres humanos, pues para tratar de esclarecer un conflicto el ser humano se vale del más común y elemental medio de prueba que es el testimonio.

La prueba testimonial es una actividad común que se da en los procesos, se practica a petición de parte en el ámbito civil o de oficio en el campo penal. La parte interesada presenta al Juez su solicitud incluyendo la nómina de testigos mismo que deberá disponer se recepten las declaraciones; el testimonio dado por el testigo aporta la llamada “Prueba Testimonial”, esta deberá ser apreciada por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica.

Algunos tratadistas coinciden en que la prueba testimonial es la declaración que emite ante Juez, personas extrañas al proceso, para suministrar al Juez elementos de convicción a cerca de la verdad o falsedad de los hechos interrogados.

Echandía, anota que,

Antiguamente en el derecho Egipcio, Babilónico, Griego y Romano, en la llamada edad media y gran parte de la moderna el testimonio era considerado como la prueba principal y suficiente para administrar justicia, se consideraba indiscutible el principio recordado por Francisco Ricii “El testimonio de dos o tres personas es suficiente” y aquel proverbio francés “Testigos priman sobre escritos” todo esto en virtud de la falta de divulgación del documento; pero esto duro hasta el siglo XIX ya que el uso del documento se fue generalizando de esta manera se restringió el uso del testimonio para los asuntos de mayor trascendencia social, económica y familiar.(23)

En Roma, Justiniano el emperador Romano de Constantinopla prefería la prueba testimonial a la escrita, por considerarla basada en presunciones de moralidad y conocimiento del testigo; inicialmente esta era la única prueba que podían presentar las

partes al juez, mismo que tenía plena libertad para valorar los testimonios, posteriormente se aceptó la prueba documental, reconocimiento judicial entre otras.

En la edad media, durante la época de las pruebas bárbaras, el empleo de las decisiones a base de los juicios de Dios, las ordalías, el duelo judicial y el juramento, relegó a segundo lugar el testimonio de terceros; sin embargo, con el transcurso del tiempo al caer en desuso estas, la utilización de la prueba testimonial se generalizó, tanto así, que Froilán consideró un gran avance en las pruebas judiciales. Así ocurrió en Francia, Italia, Alemania y España.

El código de Manú, la Biblia, las Constituciones Griegas contienen normas sobre la prueba de testigos pero en cierto modo han establecido limitaciones tales como por ejemplo el testimonio de niños, mujeres y esclavos. (24)

La legislación Ecuatoriana reconoce algunos medios de prueba, uno de ellos es la prueba testimonial, lo encontramos en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil.

*Artículo. 121.-* Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

## 1.2 Importancia de la Prueba Testimonial.

Si bien la prueba testimonial no ha sido el único medio probatorio y pese a que muchos la consideran como la excepción, discurre de esta afirmación un tanto exagerada, aun para el proceso civil y con mayor razón para el penal la prueba testimonial sigue siendo la más utilizada y quizá en algunos casos la única; es verdad que su aplicación ha ido disminuyendo en el campo Civil, tanto por la vigencia generalizada de variados documentos y medios de prueba cuanto por la declinación de los valores morales y la mala utilización profesional que se ha venido dando a este medio de prueba, de tal forma que esto ha llevado a que se le dote de publicidad, se lo reciba con juramento, se permita la contradicción mediante preguntas, la utilización de la tacha de testigos etc., además el Juez deberá apreciarla y valorarla con celo, prudencia y apego a las reglas de la sana crítica en virtud de que el error en el testimonio como lo menciona Hugo Alsina es un elemento normal y constante por lo subjetivo del medio ya que no depende solo de factores morales sino también de factores psíquicos, materiales, y otros.<sup>2</sup>

Sin embargo, no podemos dejar de lado a este medio de prueba, no debemos olvidar el gran papel que cumple dentro de sistemas inquisitorios y acusatorios en los que muchas de las veces es la única y la más utilizada en el proceso; la única limitación que encontramos en relación a la prueba testimonial en nuestro sistema procesal civil es aquella en donde el juez no podrá requerirla de oficio, pero si repreguntar, pedir aclaraciones o explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente, todo esto conforme lo que señala el artículo 118 inc. 1º del código de Procedimiento Civil; sin embargo, será necesario tener en cuenta que no será admisible la prueba de testigos respecto de una obligación que debía constar por escrito, en cuanto altere u adicione de algún modo lo que se expresa en un acto u contrato, al que demande una cosa de ochenta dólares o más, y no será admisible la prueba de testigo en las demandas de menos de ochenta dólares cuando la misma es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue, todo esto conforme a los artículos

---

<sup>2</sup> Citado por Echandía, 39

1725,1726,1727 del Código Civil exceptuando el artículo 1728 que establece que en los casos de que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así un pagare de más de ochenta dólares en el que se ha comprado una cosa que deberá entregarse al deudor no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega, en este caso se admitirá la prueba de testigos para suplir esta circunstancia; al igual que en los casos que haya sido imposible obtener una prueba escrita.

Este medio probatorio llevara al juez el convencimiento sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas que debe aplicar, de tal manera que desde el punto de vista teórico como practico existe la necesidad de recurrir a la prueba testimonial en la mayoría de procesos, ya sea porque no se dispone de medios diferentes por haber fracasado la confesión o no haber podido dar cuenta de ellos en un documento, otras veces por tratarse de simple hechos jurídicos o sucesos naturales transitorios que hace imposible un reconocimiento directo del juez y no permite que sean objeto de documentación o por que dicho documento se perdió o extravió. (Echandía, 87)

Esta necesidad práctica del testimonio reviste su importancia tanto en la vida jurídica general como en el proceso en particular sin importar de que materia se tratare (civil, penal, administrativo etc.); es verdad que con el aparecimiento del documento la necesidad del testimonio como medio de prueba judicial ha disminuido; sin embargo, es el medio más frecuente y en ocasiones el único en los procesos, de tal manera que su importancia sigue siendo enorme.

Echandía citando a Couture explica la importancia de la prueba diciendo que, cuando la observación directa por el propio juez no es posible porque los hechos desaparecieron y solo queda de ellos el recuerdo, cosa que sucede frecuentemente, se hace necesario en la mayoría de los casos, acudir a su representación o reconstrucción, lo cual solo es posible mediante los documentos y los relatos de personas (partes y terceros. (88)

### 1.3 Objeto y Fin de la Prueba Testimonial.

Se dice que el testimonio tiene por objeto la demostración de los hechos en conflicto o pugna; debiendo el juez solamente aceptar aquellas preguntas claras y rechace aquellas impertinentes, capciosas o sugestivas como lo impone el Artículo 221 del Código de Procedimiento Civil.

Según el gran jurista Italiano Carnelutti citado por Echandía, la percepción del hecho por quien declara no es necesaria ni suficiente para que exista testimonio, ya que el testigo podrá narrar hechos realizados por él, así como hechos deducidos por él de sus propias percepciones y que ofrece a la apreciación del Juez o Jueza; de tal manera que no sería correcto decir que el objeto del testimonio sean únicamente los hechos percibidos, ya que muchos podrán representar hechos percibidos pero no por ello se convierten en testigos. (65)

De tal manera que tanto los hechos percibidos, como los deducidos de estos, sus juicios y opiniones sobre el mismo, incluyendo su calificación jurídica y los realizados por el declarante, pueden ser Objeto del testimonio.

En el testimonio de “oídas”, según Echandía el objeto es el hecho percibido de la narración que se oyó a otra persona y no el hecho narrado por esta; así citando a Carnelutti manifiesta que: “El testimonio es en sí una declaración representativa y no una declaración de verdad”, pues el objeto de tal prueba es inseparable del juicio que de hecho se haya formado el declarante y finalmente es el que lo trasmite al Juez; es decir que el testigo confiesa al juez el juicio que tiene sobre los hechos y de cual ha obtenido su propia convicción.(66).

El fin que persigue el testimonio es aquel propio y natural de toda prueba: dar certeza, servirle al convencimiento del juez sobre los hechos que interesan al proceso.

## 1.4 Clases de Testigos

En sentido estricto el sujeto del testimonio es el tercero declarante o narrador, y genéricamente la parte o tercero que declaran. Existe varias clases de testigos revisaremos cada una de ellas conforme a lo que Echandía anota al respecto:

- a) *Testigo judicial o extrajudicial.*- según que se trate de declaración procesal, es decir dentro de un proceso o diligencia previa; y en el segundo caso fuera de juicio, en este caso se considera que estos no son verdaderos testimonios y sus autores verdaderos testigos.
- b) *Testigo original y de oídas o indirecto.*- el primero es aquel que narra los hechos conforme los aprecia directamente, se lo conoce también como testigo in facto que quiere decir en el hecho. El segundo es el que narra lo que oyó o escuchó a un testigo original a esta clase de testigo se lo conoce también como testigo referencial o pos factum.(80)
- c) *Testigo Instrumental.*- es aquel que interviene por exigencia legal en un acto o contrato para solemnizarlo, en este caso no narran, ni informan ni tampoco suministran una prueba, en este caso se limitan a dar fe del otorgamiento del documento o de su firma. Por ejemplo para contraer matrimonio el Artículo 102 del Código Civil establece solemnidades esenciales para la validez del matrimonio, una de ellas es “La presencia de dos testigos hábiles”.
- d) *Testigo idóneo.*- es aquel que reúne los requisitos que establece la ley para ser aceptado como apto, de tal manera que no tiene motivo para ser tachado ya que reúne las condiciones para que su declaración sea válida, su declaración hace fe probatoria ya que aporta convicción al Juez sobre los hechos controvertidos.(81)



- e) *Testigo conteste*.- es aquel que rinde testimonio coincidente o conforme con otro u otros testigos que declaran en una causa.<sup>(82)</sup>
- f) *Testigo Ocular o de Vista*.- es aquel que declara sobre lo que aprecio mediante el sentido de la vista, de tal manera que como señala un adagio Latino “Más vale un testigo que lo vio, que diez que lo oyeron”.
- g) *Testigo singular*.- es aquel que discrepa con su relato de lo expuesto por otro u otros.
- h) *Testigo veraz*.- aquel que relata los hechos tal y como los aprecio con apego a la verdad, bajo los dictados de su memoria y conciencia, aunque este testimonio difiera del de otros. La veracidad es el primer y fundamental requisito que debe reunir este testigo y para cuya apreciación el Juez deberá hacer un esfuerzo de observación psicofisiológica de la conducta y respuestas del testigo.
- i) *Testigo falso*.- es aquel que falta o altera la verdad a sabiendas, por favorecer o perjudicar a una parte.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Los literales f, g, h, i fueron tomados de los apuntes de clase de la catedra de Derecho Procesal Civil dictada por el Dr. K. Machuca.

## CAPITULO II

Antes de iniciar el capítulo segundo de esta monografía quiero aclarar que el mismo constaba de doce subtítulos o numerales conforme el proyecto de investigación aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la facultad de Jurisprudencia, sin embargo por la ley reformativa al código Civil publicada en el registro Oficial 526 el 19 de Junio del 2015, con mi director de Monografía el Dr. Káiser Machuca hemos considerado innecesario analizar las dos causales que se hallan derogadas por esta ley, estas son: *“El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este código”* y *“El hecho de adolecer uno de los conyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole”*. Quedando el capítulo segundo conformado únicamente por diez subtítulos.

### **2.1 La Prueba Testimonial y las causales de Divorcio: Validez y Eficacia.**

Previo a la reforma del Código Civil, las causas por las que se podía demandar el divorcio se encontraban estipuladas en el artículo 110 del mismo cuerpo legal y estas eran las siguientes:

#### Artículo 110 del Código Civil. Causas de divorcio

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
2. La sevicia;
3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de las dos voluntades en la vida matrimonial;
4. Amenaza grave de un cónyuge contra la vida del otro;
5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice.
6. El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiera reclamado

contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este código.

7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más, de los hijos;
  8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez como incurable y contagiosa o transmisible a la prole.
  9. El hecho que una de los conyugues sea ebrio consuetudinario, o en general, toxicómano;
  10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor, y;
  11. El abandono voluntario e injustificado de otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.
- Sin embargo, si el abandono al que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

Pero con la Ley reformativa al Código Civil de fecha 19 de junio del 2015, publicada en el registro oficial número 526 se sustituyó dicho artículo 110 por el siguiente:

*Artículo 11.-* dela Ley reformativa al Código Civil.

Sustitúyase el art 110 por el Siguiete:

Artículo 110. – Son causas de Divorcio:

1. El adulterio de uno de los conyugues;
2. Los tratos Crueles o Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar;
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;
5. La tentativa de uno de los conyugues contra la vida del otro;
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas;
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años;
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano;
9. El abandono injustificado de cualquiera de los conyugues por más de seis meses ininterrumpidos.

Con las causales antes mencionadas uno de los cónyuges podrá demandar el divorcio contencioso, mismas que deberán ser apreciadas y calificadas por el juez. El divorcio contencioso debe ser declarado

judicialmente por sentencia ejecutoriada en virtud de la demanda propuesta por uno de los cónyuges que se vio afectado por una o más causales.

Dentro del juicio de divorcio y en todo proceso es importante dotar al juez de elementos de convicción mediante los diversos medios de prueba, en este caso analizaremos al testimonio como medio probatorio dentro del juicio de divorcio contencioso. Para que la prueba testimonial tenga validez jurídica procesal deberá cumplir con ciertos requisitos de validez y eficacia por ello es necesario empezar analizando cada uno de ellos:

### **2.1.1 Requisitos de Validez**

Echandía respecto del tema hace mención a los siguientes requisitos:

a) *La previa admisión del testimonio u ordenación del testimonio, en legal forma.*- En todo proceso la primera etapa de la actividad probatoria es la de su producción y obtención; una vez que se haya obtenido la prueba, para que sea considerada como tal, debemos presentarla oportunamente en el proceso. La adecuada admisión de la prueba testimonial comprende la oportuna y legítima presentación o proposición cuando requiere impulso de parte (97);

En caso del juicio de divorcio contencioso el Juez previo a concluir la audiencia de conciliación, de oficio ordenara se habrá el termino de prueba mismo que concluirá dentro de los 6 días termino, dentro de este término deberemos presentar las pruebas. En caso de la prueba testimonial, esta puede estar ya realizada como por ejemplo en un documento o copia de un testimonio rendido en otro proceso, en cuyo caso el Juez admite la prueba y podrá ordenar su ratificación a petición de parte o de oficio; generalmente en los procesos civiles escritos, las partes presentan el escrito de prueba correspondiente en el que indican el nombre de los testigos cuya declaración se solicita y además adjuntaran el pliego de peticiones para que el juez ordene o decrete dicha prueba; figando día, hora y fecha para que se

recepte los testimonios previa notificación a las partes para que puedan asistir a la diligencia. De tal manera que la admisión u ordenación del testimonio es indispensable para su validez.

b) *La legitimación para pedir, ordenar y rendir el testimonio.-* Dentro de un proceso si el juez carece de la facultad para pedir de oficio el testimonio de una persona, es importante que haya una previa y oportuna petición de la prueba por quien este legitimado para hacerlo por ser parte principal o secundaria, por cuadyuvancia, e inclusive interviniente ocasional únicamente en lo que respecta al accidente que motiva su intervención. Una vez que se haya solicitado la prueba por quien está legitimado a hacerlo corresponde ordenar al juez o funcionario legitimado para ello, generalmente la persona que conoce del proceso será la que tiene una especial competencia para ordenar o admitir el testimonio. De tal forma debe haber legitimación en quien pide la prueba y legitimación en quien la admite u ordena, porque de estas dos legitimaciones se deduce la del tercero para rendir su testimonio, es decir es indispensable que el tercero que declara haya adquirido, en legal forma el carácter procesal de testigo, dentro del proceso. (98)

c) *La recepción del testimonio por el funcionario legitimado.-* Decíamos en líneas anteriores que quien admite u ordena el testimonio es el juez o funcionario que se inviste de esta facultad; en este caso será el mismo quien lo recibe; sin embargo, no siempre ocurre esto, pues en los procesos que por lo general son escritos y en ocasiones en los orales, el juez comisiona a otro funcionario la recepción de esta prueba y entonces este tendrá también tal legitimación, cabe aclarar que no tendrá dicha legitimación para ordenar u admitir otros testimonios. Se dice que la persona más idónea para recibir el testimonio y examinar al testigo es el juez, por desgracia actualmente en la práctica judicial sobre todo en los procesos escritos y más específicamente hablaremos dentro del juicio de divorcio se acostumbra a violentar esta formalidad ya que suele transcurrir informalmente en la secretaria y sin la presencia del juez dejándole a estos la delicadísima función de recibir los testimonios; se desconoce el principio de inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba, teniendo en cuenta que este es uno de los principales deberes del juez o magistrado para la buena administración de justicia. (99)

d) *Aptitud física, moral e intelectual del testigo.*- A más de la aptitud general que debe tener el testigo para rendir su testimonio, es indispensable además para que su testimonio sea válido, que no esté afectado de inhabilidad o ineptitud física, moral e intelectual en el momento de declarar en un proceso determinado o respecto de los hechos sobre los cuales versa el testimonio. (102)

Dentro de estas incapacidades concretas encontramos algunas que se pueden presentar, analizaremos brevemente cada una de ellas:

❖ Incapacidad mental transitoria o en un momento determinado.- Una persona normal puede sufrir de desequilibrio mental ya sea por enfermedad, por efecto de ciertas drogas, consumo excesivo de bebidas alcohólicas, choque emocional intenso u otras causas; por lo tanto el testimonio rendido en esta condición es nulo. Es frecuente que el testigo se encuentre en cualquiera de estas circunstancias en el momento de ocurrir los hechos que se investigan o cuando concurren al despacho del juez a rendir su testimonio en este caso el juez deberá abstenerse de recibirlo dejando constancia de ello, pero si la perturbación se dio en el momento de ocurrir los hechos objeto del testimonio será necesario que la parte interesada a través de la tacha o el juez oficiosamente cuando disponga de esta facultad ordene la prueba de incapacidad concreta del testigo, la prueba de estas incapacidades transitorias será los testimonios o dictámenes médicos o siquiatras.

❖ Incapacidad moral concreta para un proceso determinado.- Este tipo de incapacidad hace referencia a la incapacidad por parcialidad presunta, es decir cuando la ley no permite la recepción del testimonio o lo considera invalido si se llegara a practicar. Otro caso de parcialidad presunta es cuando permite únicamente tachar al testigo, pero no impide su recepción ni invalida el testimonio, hacemos referencia en este caso a los parientes cercanos como los ascendiente, descendiente, hermano de una de las partes, cónyuge; dejando al juez la libertad para apreciar de acuerdo a las circunstancias de cada caso. (103)

❖ Incapacidad física total para rendir el testimonio.- Cuando una persona en el momento de rendir su testimonio está en absoluta incapacidad física, permanente o transitoria que le impida decirle al juez de manera inequívoca sus percepciones, deducciones y juicios de los hechos materia del testimonio, el juez deberá

abstenerse de practicar la diligencia pese a que el testigo goce de plena capacidad mental. En caso de que el testigo pueda oír, leer, escribir las preguntas y responder de forma oral y escrita, la diligencia será válida; pero si solamente puede oír u leer las preguntas, y el juez, no puede conocer sus respuestas inequívocamente por cualquier medio: oral, escrito o señas, dicho testimonio será nulo.(104)

e) *Debe ser un acto consiente, libre de coacción.*- A todo testigo se le exige manifestar todo lo que cree que es la verdad de los hechos preguntados bajo la sanción penal, en caso de perjurio, de tal forma que será ilícito el empleo de medios de coacción física, moral, psicológica e inclusive la utilización de drogas hacia el testigo para obligarlo a declarar en un sentido determinado; de tal manera que el testimonio obtenido mediante violencia o coacción no lleva solamente a la ineficacia del testimonio o carencia del valor probatorio, sino de su nulidad absoluta. Recordemos que uno de los requisitos intrínsecos de toda prueba es la ausencia de vicios de voluntad (error, fuerza y dolo) en sus órganos. Como nos explica Echandía citando a FLORIAN, que si bien es cierto que para el testimonio no se requiere una voluntad madura y normal, razón que permite darle validez al testimonio de un menor de edad, si es indispensable que sea rendido voluntariamente, sin imposición ni coacción. Todo tipo de violencia o coacción viola la espontaneidad o naturalidad que debe tener el testigo de tal forma que varias legislaciones han prohibido las preguntas sugestivas en virtud de que quitan la espontaneidad del testigo, con mayor razón debe abolirse toda forma de violencia física, moral o psíquica que induzca al testigo a declarar hechos que en realidad ignora o hacerlo en un sentido determinado. (106)

f) *Debe estar precedido de juramento en legal forma.*- El Testimonios desde hace mucho tiempo atrás siempre ha estado investido del juramento u otra formalidad equivalente como garantía de su veracidad u honestidad; dicho juramento fue totalmente de carácter religioso basado en el temor a ofender la Divinidad con el perjurio, entendida esta como el poder supremo que interviene en la vida de los humanos para castigarlos por lo que implicaba un serio compromiso de veracidad, sin embargo en muchos países han dejado de utilizar alguna fórmula religiosa; por otro lado también podemos hablar de una sanción material que se impone al culpable de falso testimonio (107).

Conforme el artículo 230 del código de procedimiento Civil “Toda declaración debe recibirse después de explicar al testigo el significado del hecho de jurar y la responsabilidad penal para los casos de falso testimonio o de perjurio. El juramento consistirá en la promesa de decir la verdad. Si el testigo afirmare no profesar religión alguna, prometerá decir la verdad por su palabra de honor. El testigo podrá emplear libremente cualquier fórmula ritual, según su religión, para la solemnidad del juramento”. Si el testigo comete falso testimonio, falta a sabiendas de la verdad, será sancionado con prisión de uno a tres años y si comete perjurio, rinde bajo juramento, será sancionado con reclusión de 3 a 6 años.

g) *Debe cumplir con las demás formalidades de tiempo, modo y lugar.*- los actos procesales así como los actos de prueba están sujetas a formalidades de tiempo, modo y lugar mismas que se convierten en garantía para el pleno ejercicio del derecho a la defensa y de igualdad de oportunidades; de tal forma, el testimonio debe ser solicitado a petición de parte u oficiosamente, practicado en oportunidad en el lugar correspondiente y conforme la ley procesal y por ultimo terminara la diligencia procediendo a firmar el testigo, juez y el secretario; la violación de estos requisitos implica la invalidez del testimonio. (111)

h) *Que no exista prohibición legal para la recepción del testimonio para determinado proceso.*- Este requisito hace relación a la prohibición de la prueba que ha establecido el legislador par determinado caso o proceso; de tal forma que se prohíbe recibir la prueba, admitirla y practicarla ya sea por un motivo concreto respecto del testigo o al objeto del testimonio, o por la clase de proceso (112).

El artículo 1725 de nuestro código Civil establece que “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito“. Así también la prueba testimonial es ineficaz para probar obligaciones de más de ochenta dólares aunque se limite a ochenta dólares la demanda, o aunque siendo menor es parte o saldo de una obligación mayor que debió consignarse por escrito conforme el artículo 1727 del Código Civil.



De la existencia y validez jurídica no se deduce su eficacia probatoria, de tal forma que muchos testimonios validos carecen de fuerza probatoria por diversas causas, mismas que las analizaremos en líneas posteriores; toda prueba en general está sujeta a requisitos extrínsecos que le hacen valida a la prueba, e intrínsecos que si bien la falta de estos no avanzan a viciarla, le quita su eficacia probatoria; analicemos ahora los segundos:

### 2.1.2 Requisitos de Eficacia.

Respecto de los requisitos de eficacia Echandía anota:

**a) La conducencia del medio.-** Es la idoneidad legal que tiene determinada prueba para demostrar determinado hecho, no basta que la prueba testimonial haya sido admitida en una providencia ejecutoriada y estar practicada con todos los requisitos para su validez, si al momento de ser valorada y apreciada por el juez este considera que es legalmente inconducente para probar determinado hecho, en este caso deberá negarle merito probatorio.

Al hablar de la conducencia de medios probatorios tenemos que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Que el medio de prueba que se emplea este expresa o tácitamente autorizado por la ley.
- Que dicho medio no esté prohibido por la ley para el hecho que se pretende probar con él.
- Que la ley no exija otro medio de prueba para demostrar ese hecho, y;
- Que no haya prohibición legal de investigarlo.(113)

**b) La pertinencia del hecho objeto del testimonio.-** A diferencia de la conducencia de la prueba que es cuestión de derecho, la pertinencia es un asunto de simple hecho: tiene que ver con la relación del objeto de la prueba con la causa petendi de la demanda o las excepciones del demandado. Si el hecho sobre el cual recae no tiene relación directa ni indirecta con los hechos investigados, es obvio que a pesar de resultar comprobado con los testimonios que se reciben, estos no producirán efectos probatorios en el proceso.

**c) *La utilidad del testimonio.***-todo medio probatorio que se utilice en un proceso debe tener una utilidad o por lo menos ser conveniente, es decir debe prestar algún servicio, ser necesaria para ayudar a la convicción del juez respecto de los hechos que interesan al proceso, de tal forma que esta no debe ser inútil. La inutilidad del testimonio existe cuando el hecho objeto del mismo sea metafísica o físicamente imposible; cuando el hecho no haya sido susceptible de percepción humana; cuando el hecho sea jurídicamente imposible en virtud que la ley presume de derecho lo contrario; cuando se trate de un hecho que fue declarado en sentencia con valor de cosa juzgada; cuando el hecho objeto del testimonio haya sido admitido por ambas partes. En este caso la inutilidad del testimonio no significa su ineficacia en sentido estricto ya que pueden tener merito suficiente para probar un hecho, pero si una ineficacia relativa en virtud de que el juez puede prescindir de considerarlos.(115)

**d) *Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los que versa el testimonio.***- El testimonio es válido si el testigo al momento de rendir su declaración se encuentra en el pleno uso de sus facultades mentales y tenga clara conciencia de sus actos en tal virtud cumple con los requisitos que se exige para su validez; pero el testimonio será completamente ineficaz como prueba si en el momento de ocurrir los hechos hubiera estado el testigo afectado por una incapacidad mental absoluta motivada por una enfermedad, por traumatismos o utilización de drogas que perturbadoras de la razón y la conciencia. En este caso si bien el juez no podrá negarse a recibir la prueba aunque exista en el proceso prueba de la perturbación mental que tenía el testigo en aquel momento, podrá únicamente después de practicada la prueba y en el momento de valorarla, tener en cuenta tales circunstancias para determinar su eficacia o ineficacia.(116)

**e) *Ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden, que aunque no produzcan incapacidad mental, afectan la veracidad o fidelidad del testimonio.***- Cuando el testigo haya sufrido en el momento de ocurrir los hechos perturbaciones psicológica, ebriedad relativa u otros hechos que no alcancen a alterar completamente los sentidos y la razón del testigo en el momento de apreciar el hecho no hace presumir su incapacidad absoluta, de tal forma que su testimonio no queda afectado de nulidad, y en consecuencia corresponde al juez apreciar el testimonio para fijarle el grado de eficacia y merito probatorio.(117)

**f) *Que el testigo no adolezca de la falta total o defecto del órgano de percepción que debía utilizar para el conocimiento del hecho objeto del testimonio.***- Este requisito tiene relación a la forma como el testigo tuvo conocimiento del hecho sobre el cual se le interroga o depone; si bien no es un requisito para la validez del testimonio pero si para su eficacia probatoria. La incapacidad física a causa de la pérdida o imperfección grave del órgano o sentido para presenciar un hecho hace que el testimonio no sea eficaz para probar el mismo, pero si el testigo pese a tener una incapacidad concreta relativa puede apreciar un hecho con otro de sus sentidos, por ejemplo: oyéndolo a pesar de ser ciego o viéndolo pese a padecer de sordera la parte interesada podrá presentarlo como testigo y el juez lo acepte como tal, más le corresponde apreciar si el defecto del órgano pertinente es grave o no, y en caso de serlo o debe negar todo valor probatorio.(118)

**g) *Capacidad memorativa del testigo de acuerdo a la antigüedad de los hechos.***- la memoria del testigo es el instrumento más importante para su declaración, pues se trata de reconstruir, mediante sus palabras lo que observó y dedujo de sus observaciones; mientras más antiguo es el hecho se requerirá una buena memoria para recordarlo y narrarlo. Pero aun cuando los hechos hayan ocurrido en un pasado relativamente próximos se hace difícil recordarlos por la clase de hecho que se haya dado, por las circunstancias que rodeaban al mismo e inclusive por las condiciones psíquicas o físicas en que se encontraba el testigo cuando tuvieron lugar. (119)

**h) *Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio.***- Desde tiempos atrás se prohibía la aceptación de testimonios de parientes, amigos, criados, personas que lo hacían por recompensa económica o de un tercero que tenga interés directo en el resultado del proceso, en la actualidad y dada la naturaleza y riesgo que conlleva un relato subjetivo, el legislador a impuesto restricciones a la regla de la aptitud, en virtud a ello ha tomado en cuenta razones de edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. La condición de ser imparcial y desinteresado respecto al hecho debatido es un elemento importante para determinar la eficacia probatoria del acto, pero no para su existencia jurídica y validez. El interés personal que pueda tener el testigo respecto de los hechos que se trata de probar, afecta sin duda la fuerza probatoria de su testimonio, de tal forma el testigo debe ser un sujeto extraño a la relación procesal

pues solo de esta forma puede garantizar veracidad e imparcialidad.(120)

i) *Que el testimonio contenga la llamada “Razón del Dicho” y que el conocimiento del testigo tenga relación con este.-* La ciencia de la razón del dicho hace referencia a las circunstancias de tiempo, lugar, y modo en que el testigo adquirió el conocimiento de un hecho: en qué lugar conoció el hecho; cuando obtuvo ese conocimiento; y en qué circunstancias lo adquirió. Estas circunstancias de tiempo, lugar y modo harán verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo; de tal manera que para que exista eficacia probatoria de uno o más testimonios no basta que haya acuerdo en la manifestación de ser cierto o que les consta tal hecho o de su explicación espontanea, sino es necesario expliquen cuando, en qué lugar y de qué manera ocurrió el hecho debiendo haber acuerdo en sus deposiciones sobre esas tres circunstancias, además expliquen cómo y por qué lo conocieron; quedara en el juez la absoluta libertad para para criticar este aspecto y concluir si en realidad ese testigo pudo o no adquirir dicho conocimiento. No es suficiente que el testigo exponga las tres circunstancias antes mencionadas en el que ocurrió el hecho sino es indispensable, además, en virtud de dichas circunstancias haya podido adquirir ese conocimiento de tal manera que entre aquellas exista concordancia y no desacuerdo; por ejemplo si un testigo afirma la existencia de un hecho pasado pero de su narración resulta imposible que haya podido conocerlo ya sea porque el lugar donde estaba el testigo y donde ocurrió el hecho no corresponda, porque no coincide con la época que dice que ocurrió o porque no parece posible que hubiera podido percibirlo; en este caso su testimonio carecerá de valor probatorio.

En virtud de lo antes mencionado, el testimonio debe ser claro, exacto y completo, no solo haciendo relación con la razón de la ciencia del dicho, sino las circunstancias en las que tuvo acceso a tal hecho o pudo conocerlo; es así que las contradicciones en que pueda caer el testigo llevaría a considerar defectos de percepción, de juicio o de memoria, e inclusive falta de sinceridad y buena fe del testigo, por lo tanto su testimonio tendrá escasa eficacia probatoria. (123)

j) *Que no se haya probado dolo del testigo o falsedad en su testimonio.-* Las partes pueden tachar a un testigo por dolo o falsedad, en cuyo caso debe probar la tacha en la oportunidad que

la respectiva ley procesal lo señala. El testigo cae en un testimonio falso cuando al declarar o informar ante una autoridad pública sobre el hecho que se investiga, el testigo falta a sabiendas de la verdad y de tener pleno convencimiento; el juez, podrá suspender la diligencia y disponer que se remitan las copias respectivas a la fiscalía para que se inicie un proceso penal en virtud de la obligación que le impone los artículos 214 y 215 del Código de Procedimiento Civil. Por el carácter subjetivo del testimonio, el deterioro del respeto al juramento que se rinde y a la pérdida de valores morales, en la práctica tenemos la intervención de testigos no idóneos en virtud de que se encuentran en uno o más de los casos de inhabilidades para ser testigo, por este motivo el legislador ha considerado procedente y oportuno la exclusión de ciertos testigos, la limitación de la eficacia probatoria e incluso la validez a través del medio procesal conocido como tacha. La tacha de testigo no es más que un medio procesal que una de las partes objeta la narración del testigo por considerar que se encuentra incurso en causales de falta de idoneidad previstos en la ley.(121)

## **2.2 El Adulterio de Uno de los Cónyuges.**

### ***Concepto: Antecedentes Históricos.***

La definición etimológica de la palabra adulterio viene de dos palabras “ad” y “later” y del latín “adultare” esto es falsificar, corromper. (Bravo, 49)

Guillermo Cabanellas de las Cuevas nos dice que el adulterio es “El acceso carnal que un casado tiene con una mujer que no sea la legítima, o una casada con un hombre que no sea su marido. Constituye una violación de la fe conyugal”. (26)

El diccionario de la real academia de la lengua Española define al adulterio como “El ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge”. (Bravo, 49)

Somarriva nos dice “Caen pues, en el adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el hombre que yace con hembra que no es su mujer.”(104)

De las definiciones antes mencionada podemos decir que adulterio es el acto sexual que realiza una persona casada con otra de distinto sexo, misma que no es su conyugue, violando la obligación de fidelidad que están llamados a cumplir los esposos, y a consecuencia de ello da el derecho al cónyuge afectado para demandar en juicio de divorcio contencioso la disolución del vínculo matrimonial, amparándose en la causal de adulterio.

Desde tiempos remotos el adulterio ha sido rechazado y sancionado por considerarse como una conducta inmoral, denigrante para la familia y en general para la sociedad; antiguamente el adulterio no solo ha sido establecido como una causa de divorcio sino también como un delito, regulado de forma injusta ya que antiguamente se sancionaba únicamente el adulterio cometido por la mujer tanto como causal de divorcio y delito; esto ha cambiado, hoy en día ya no se considera al adulterio como delito pero si en la mayoría de legislaciones esta se ha mantenido como causal de divorcio contencioso aplicable para ambos cónyuges, sin distinción de género, pues los dos están llamados a cumplir las obligaciones que impone el matrimonio, una de ellas es el de fidelidad.

En algunos pueblos como en la Roma de los primeros tiempos, se lo consideraba como un delito privado, cuya jurisdicción la tenía solo el marido. En otros pueblos estaba la mujer condenada a penas horribles; entre los hebreos, a la adúltera la mataban apedreada por el pueblo, así todas las legislaciones han considerado al adulterio como una infracción punible, el hecho de que la ley fue obra de los más fuertes, de los hombres, impuesta a la mujer, pesaba con más fuerza sobre ellas el deber de fidelidad. (Lovato, 70)

En nuestro país, con la Ley del Matrimonio Civil y Divorcio promulgada en el año 1902; se tipifica al adulterio de la mujer como única causa de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial, condenando a la mujer a esa expresión de fidelidad, por ser el hombre el único autor de las leyes. Posteriormente en 1904, nuestro legislador cayendo en cuenta de la insuficiencia de la ley de 1902, realiza una reforma, pues establece dos causas más para el divorcio, una de ellas es el concubinato público y escandaloso del marido; para que el marido cometa adulterio era necesario que haya permanencia y continuidad con la manceba, dentro o fuera de su casa con escándalo. (Lovato, 72)

Hoy en día como ya lo había manifestado en líneas anteriores el adulterio ya no es considerado un delito pero si se mantiene regulado en el código civil como causal de divorcio contencioso para ambos conyuges, ambos tienen el mismo deber de fidelidad conyugal.

Según el art. 11 de la Ley reformativa al Código Civil la primera causa de divorcio que se encuentra regulada es:

- El adulterio de uno de los cónyuges.

### ***Condiciones de la acción de divorcio por la causal de adulterio.***

Para que proceda el adulterio como causal de divorcio es necesario se cumplan los siguientes requisitos:

1. La existencia del Matrimonio.
2. Requisito Material o Corpus.
3. Requisito Intencional o Animus.
4. Condición de afectado del actor o actora.
5. Que la acción no haya prescrito.

Al ser el matrimonio un contrato, y para que este sea válido debe cumplir con los requisitos que establece la ley, es decir las solemnidades que se encuentran reguladas en el artículo 102 del código Civil; así también deberemos tener en cuenta lo que establece el art 4 de la Ley reformativa al Código Civil para que el matrimonio no sea nulo; en caso de encontrarnos frente a un matrimonio nulo o inexistente no cabe la acción de divorcio.

*Artículo 102 del Código Civil.- Solemnidades del Matrimonio.-* son solemnidades esenciales para la validez del matrimonio:

1. La comparecencia de las partes , por si o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
3. La expresión libre y espontánea del consentimiento de los contrayentes y la determinación obligatoria de quien administrara la sociedad conyugal;
4. La presencia de dos testigos hábiles: y;



5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente.

*Artículo 4.- Ley Reformatoria al Código Civil.-* Es nulo el matrimonio contraído por:

1. El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato, sicariato o femicidio del cónyuge fallecido o que haya sobrevivido.
2. La persona menor de 18 años de edad.
3. La persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto.
4. La persona con discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad.
5. Los parientes por consanguinidad en línea recta.
6. Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad.

La primera condición es requisito sine quo non para que proceda la acción de divorcio voluntario o contencioso; independientemente de la causal que se alegue (adulterio, tratos crueles, hostilidad etc.) previamente debe existir un matrimonio válidamente celebrado, para que el juez en sentencia pueda disolver el vínculo matrimonial.

El adulterio se basa en la violación de uno de los deberes que tienen los cónyuges recíprocamente (el de fidelidad); sería imposible aplicar esta causal de divorcio o cualquier otra en un matrimonio nulo o inexistente.

El elemento material constituye la relación sexual que mantiene una persona con otra de distinto sexo, que no es su conyugue; de tal manera es indispensable que exista la unión carnal, si bien el Código Civil o Penal no establecen una definición de adulterio, existe un concepto tradicional del mismo, esto supone la relación sexual entre un hombre y una mujer; de tal manera que sería ilógico equiparar al adulterio con las relaciones entre dos hombres, entre dos mujeres o hombre y animal, así también es importante indicar que la tentativa de adulterio no constituye causal para que proceda el divorcio.

No basta únicamente que exista el elemento material, es necesario la concurrencia de otro de carácter intencional; es decir, es indispensable que exista la libre voluntad de realizar ese acto, en virtud de que si el acto se



cometiera utilizando la fuerza como se da en el caso de la violación o cuando el cónyuge se encuentre privado de la razón no existiría adulterio.

La condición de afectado del actor o actora es otra de las condiciones que debe existir para plantear la acción de divorcio por la causal de adulterio, solamente podrá solicitar el divorcio por esta causal aquel que se vea asistido de este derecho, es decir el esposo o esposa afectada en virtud de que su cónyuge ha cometido adulterio, esto quiere decir que el cónyuge infractor no podrá plantear la acción de divorcio; aun así, alegue haber cometido adulterio, esta demanda será improcedente.

Finalmente cumplidas las condiciones anteriores, debemos tener en cuenta, previo a plantear la acción de divorcio por la causal de adulterio, si ésta no se halla prescrita; la ley es muy clara en este sentido, transcurrido el tiempo establecido no procederá la acción de divorcio por esta causa en virtud de hallarse la misma prescrita; además hay que tener en cuenta que toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges aun cuando la demanda se encuentre propuesta.

*Artículo 124 del Código Civil.-* La acción de divorcio por las causales previstas en el art 110 prescriben en el plazo de un año, de la siguiente manera:

1. En las causales uno, [...] contados desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate.

*Artículo 127 del Código Civil.- Extinción de la acción de divorcio:* Toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aun en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta, y cualquiera que fuere el estado del juicio.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal de adulterio.**

Establecer el medio probatorio de forma directa para el adulterio es de difícil concretación, en virtud de que el acto, se da en lo más íntimo de la pareja que comete adulterio, por tal motivo podría afirmar que carecería de medio probatorio valido y eficaz para dotar al juez de medios de convicción

suficientes, para que el mismo pueda fallar con total conocimiento de que la parte demandada a cometido tal acto.

Al hablar de las pruebas tenemos las plenas y semiplenas, conforme las enseñanzas del Doctor Kaisser Machuca; son pruebas plenas o perfectas aquellas que llevan por sí sola convicción y certeza al juez, sin que requiera de la concurrencia de otro medio que refuerce su capacidad demostrativa, una sola de ellas es suficiente para la demostración del hecho; obtener una de ellas para probar el adulterio es muy difícil ya que este hecho no se da en público sino en la intimidad de la pareja; de allí que a falta de esta podríamos recurrir a las pruebas semiplenas para probar dicha causa, si bien estas no hacen fe probatoria por sí misma, y en esta virtud no provocan íntima certeza y convicción, pues deja espacio a la duda, de allí que es indispensable la presencia o concurrencia de otras pruebas con ese fin, por ejemplo: los documentos como una carta, no hará prueba por sí misma para demostrar el adulterio de uno de los cónyuges, esta requiere la concurrencia de otros medio probatorios, una de ellas podría ser la declaración de testigos, para lograr eficacia probatoria.

Probar el adulterio con una prueba plena es una tarea casi imposible; es por ello que se recurre a aportar pruebas semiplenas que le hagan presumir al juez el cometimiento de dicha causal; así muchos han llegado al extremo de pensar que la prueba más evidente y que le llevaría al juez presumir el cometimiento de esta causa sería la concepción de un hijo producto de la infidelidad; el nacimiento del menor, el posterior reconocimiento de paternidad de un tercero que no sea el cónyuge o la prueba de ADN que verifique que el conyugue afectado no es el padre del menor podrían ser pruebas que en su conjunto puedan dotar al juez de elementos de convicción respecto del cometimiento del adulterio, sin duda tendría fuerza probatoria, la partida de nacimiento del hijo producto de una conducta adultera; la pericial, el resultado del examen de ADN que verifique que el menor no es hijo de uno de los cónyuges, consideradas en conjunto estas pruebas si bien no demuestran de manera directa el acto sexual que constituye el adulterio, si dotan de elementos al juez que lo llevan a presumir que el cónyuge demandado es culpable de dicha causal. Ahora bien, es

menester manifestar que no siempre las pruebas antes mencionadas dan fe del adulterio, ya que estas pueden carecer de eficacia probatoria cuando el hijo concebido no es producto de una conducta adultera como lo quiere hacer notar el actor, sino de una violación o de una inseminación artificial, por lo tanto la respectivas pruebas que justifique estos hechos por parte del conyugue demandado (sentencia por el delito de violación, certificado médico), dejaran sin fuerza probatoria a la partida de nacimiento y examen de ADN presentados por el actor dentro del juicio de divorcio para demostrar el adulterio del cónyuge.

Si bien la partida de nacimiento de un hijo que no es de uno de los cónyuges está dentro del género de la prueba documental y que como lo manifesté no siempre demuestra el adulterio de uno de los cónyuges, mal podría decir que por el análisis hecho en líneas anteriores todo documento no es idóneo para probar el adulterio; dentro las pruebas documentales podemos encontrar cartas, fotografías, mensajes de texto, grabaciones magnetofónicas, videos etc. son medios idóneos pero no suficientes para probar el adulterio cuando se dispone de ellos sin violar el derecho de intimidad de una persona. Así una fotografía, un video del cónyuge cometiendo adulterio, cartas, mensajes o cualquier documento obtenido por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología en el que manifiesten una conducta adultera son pruebas que en conjunto dotan al juez de elementos de convicción para poder resolver dicha controversia; decimos en su conjunto, porque no bastara un mensaje de texto para demostrar la causal de adulterio pues por sí solo no tiene fuerza probatoria, de allí la importancia de tener la concurrencia de otras pruebas con ese fin.

Hablar de otras pruebas como la pericial, inspección judicial, confesión de parte para probar el adulterio en juicio, sería un absurdo, ya que la conducta adultera no es sujeto de pericia mucho menos de inspección judicial; descartamos también la confesión de parte, misma que se asimila al allanamiento es así que pese a existir la misma el actor está en la obligación de probar la causal de divorcio conforme el siguiente artículo:

*Artículo 121 del Código Civil: prueba en los Juicios de divorcio controvertido.-* en los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento, se abrirá la causa a prueba, no obstante del allanamiento de la parte demandada.

En la práctica el medio probatorio al que recurren los profesionales en el área del derecho es el testimonial, en virtud de que es muy complicado obtener otro tipo de prueba por ser un acto que no se realiza en público mucho menos se deja constancia en documento, de ahí que la prueba testimonial es la más utilizada a la hora de probar el adulterio en juicio, sin embargo cabe plantear la interrogante ¿será dicho medio probatorio válido y eficaz para probar el adulterio?, analicémoslo a continuación:

Hernán Bravo Quinde citando a Mazeaud dice “el adulterio es un hecho jurídico susceptible de ser probado por todos los medios, por lo tanto incluso por testigos o por simples presunciones”. (52)

El núcleo familiar está siempre en contacto con terceras personas llamase estos vecinos, conocidos, compañeros de trabajo, amigos e inclusive familiares; que por lo general tienden a ver y escuchar los diversos problemas que sobrelleva una familia, y sin duda en caso de existir un problema legal entre los miembros de la familia y al no tener un medio de prueba contundente que demuestre tal hecho, podríamos recurrir a la prueba testimonial; los parientes y terceras personas que conocen del hecho o llegaron a conocer por diversos medios serían testigos idóneos para dotarle al juez de elementos de convicción sobre los hechos que se alejan, siempre que cumplan con los requisitos que la ley prevé para ser testigo. La prueba testimonial solicitada, ordenada y recibida ante el funcionario competente y conforme lo establece la ley será válida dentro de un proceso, de tal manera que las partes deberán solicitar la recepción de testimonios dentro de la etapa correspondiente y cumpliendo con las formalidades de ley.

Conforme el artículo 208 del Código Civil para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad sin embargo la Jueza o Juez podrá fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna los requisitos antes mencionados cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha dicho la verdad.

Como regla general podríamos decir que los menores de 18 años no son testigos idóneos, sin embargo hay una excepción, conforme el art. 209 del Código de Procedimiento Civil que establece que, podrán declarar los mayores de 14 años para establecer algún suceso, quedando a criterio del Jueza o Juez la valoración de tales testimonios; al igual que por falta de imparcialidad no son testigos idóneos los ascendientes, descendientes, compadres, padrinos; pero es menester señalar que en las causas que versen sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia podrán ser testigos los parientes, compadres y padrinos de tal manera que en el juicio de divorcio contencioso por causa de adulterio o cualquier otra, serán testigos idóneos los parientes por tratarse de asuntos familiares y en si del estado civil de los cónyuges.

En las Unidades de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en donde se tramita los procesos de divorcio se hace caso omiso a lo antes mencionado, pues generalmente no se acepta como testigo a parientes, compadres y padrinos de los cónyuges, si bien es cierto estos pueden ser imparciales a la hora de rendir su declaración tratando de favorecer a una de las partes por el grado de parentesco que exista entre ellos; sin embargo no se puede prescindir de ellos ya que por lo general pueden ser testigos claves para dotar al Juez o Jueza de elementos que le hagan presumir el cometimiento de adulterio de uno de los cónyuges u otro hecho, en virtud de que los parientes son los primeros que pueden palpar de manera más directa los problemas y diversas circunstancias que rodean la vida conyugal, esto por el hecho de vivir bajo un mismo techo, cerca de los cónyuges o estar en contacto frecuente con ellos.

A falta de la existencia de una prueba plena, recurrir a la prueba testimonial para demostrar el adulterio cometido por uno de los cónyuges es lo más idóneo; ya que pese a que el acto sexual se da en lo más íntimo de la pareja, este puede ser visto por terceras personas que hayan irrumpido este estado de intimidad, o simplemente haberlo visto por una ventana descubierta, por la cerradura de una puerta, por ser sorprendidos teniendo relaciones sexuales en un lugar público como un parque o simplemente ver a uno de los cónyuges en actitudes amorosas: besos caricias y abrazos,

entrar en hoteles o hostales con una persona distinta al de su cónyuge, que si bien este último no podrá dar fe del acto sexual como tal cometido por el cónyuge, estos elementos pueden ser conjeturales, de allí que se requiera varios testigos de la misma o distinta clase para llevar el ánimo del juzgador a la convicción precisa de que el adulterio se ha consumado, quedara en el juez, la valoración de las declaraciones para considerar si de las circunstancias que rodea al testimonio se deduce que existió adulterio; los primeros pueden dar fe del hecho por haberlos percibido directamente son los que dotaran de mayor certeza al juez de los hechos discutidos, en este caso, puede bastar uno para formar la convicción del juez, aquel que vio el suceso de un hecho, declarara lo que aprecio mediante el sentido de la vista, así el adagio latino “Pluris est oculatus tectis unus quam auriti decem” que señala que más vale un testigo que lo vio, que diez que lo oyeron.

De la diversa Jurisprudencia que podemos encontrar sobre este tema, se señala que la acción de divorcio por adulterio, debe ser propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado, así también que la misma está sujeta a prueba conjetural en virtud de que se da en la intimidad de una pareja, por ello debe ser apreciada por el juez considerando las presunciones graves, precisas y concordantes conforme el artículo 1729 del Código Civil.

*Artículo 1729.- Presunciones.-* “Las presunciones son legales y judiciales [...] Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes”.

De tal manera que el testigo debe dotar al juez con su declaración de aquellas presunciones, de lo contrario si las circunstancias de los testimonios no constituyen hechos o antecedentes para que el juez obtenga dichas presunciones del cometimiento de adulterio, la Jueza o Juez deberá actuar con la máxima prudencia y ponderación para que la naturaleza de dichas pruebas no lo lleve a ninguna clase de equívocos.

Para Juan Lovato la prueba testimonial podría ser una prueba plena pues él nos dice que “Severo y exigente debe ser el Juez para aceptar el divorcio por esta causa. Tiene que exigir prueba plena de la existencia del adulterio; esta prueba puede fundarse en la declaración de testigos, siempre que, de acuerdo con las reglas

de la sana crítica y teniendo en cuenta la razón que los testigos den de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran, la Jueza o Juez estime plenamente establecido el adulterio; puede fundarse también en pruebas semiplenas. (232)

Sería muy difícil aplicar este criterio, es decir considerar en este caso a la prueba testimonial como prueba plena, en virtud de que la naturaleza de la misma no permite que la consideremos de tan alto valor como lo hace Juan Lovato, sin embargo no podemos descártala como prueba válida y eficaz para probar el adulterio en juicio de divorcio contencioso, pues sería la jueza o juez encargado de analizarla, de darle valor a la misma de acuerdo a su juicio.

Por todo lo antes manifestado considero que la prueba testimonial si es un medio valido y eficaz para demostrar la causal de adulterio, cumplido los requisitos intrínsecos e extrínsecos queda en el juez la valoración y apreciación de la misma; como nos dice Echandía “La actividad valorativa es muy importante ya que de esta depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos, y por lo tanto que exista o no armonía entre la sentencia y la justicia”. (288)

### **2.3 Los Tratos Crueles o Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar.**

El ser humano no es perfecto, de tal manera que las diferencias son notorias a la hora de compartir opiniones y pensamientos entre dos o más personas, más aun estas diferencias se hacen notorias cuando se comparte una vida en común, se comparte un mismo espacio y en definitiva se vive en familia; pues esta no es perfecta y siempre existirá diferencias entre sus miembros que muchas de las veces son superadas sin ningún inconveniente, pero cuando estas diferencias llevan al maltrato físico, psicológico o sexual de un miembro de ella, ara imposible la convivencia familiar, ya que se viola los fundamentos del matrimonio como es el auxilio mutuo, el guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente; terminando el respeto, el amor de pareja y de los hijos, causando resentimiento y odio hacia el agresor.



El maltrato, la agresión física o psicológica en diversos ámbitos sin distinción de posición social o cultura; generalmente en el hogar ha existido siempre, de allí que nace inicialmente como causal de divorcio la “sevicia” misma que fue introducida en la ley del Matrimonio Civil en el año 1940, actualmente, esta fue sustituida por la ley Reformatoria al Código Civil vigente desde el 19 de Junio del 2015 publicación en el registro oficial número 526, ahora la causal segunda de divorcio es *“Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”*

Es menester analizar esta nueva causal; inicialmente esta causal ha ampliado su espectro pues únicamente ya no es causa de divorcio los tratos crueles (sevicia) sino también todo acto de violencia que atente contra la mujer o miembro del núcleo familiar; lo que podríamos decir de acuerdo a la conjunción disyuntiva “O” utilizada por el legislador para redactar dicha causal, es que hablamos de dos supuestos que pueden darse para plantear la acción de divorcio: primero, los tratos crueles y segundo, la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; de tal manera que no es necesario que se den ambos supuestos para demandar el divorcio y que el juez declare en sentencia disuelto el vínculo matrimonial, en este caso podremos sustentar nuestra petición en uno de los dos supuestos o en ambos, no olvidemos que lo aseverado en nuestra demanda debe ser probado para que la autoridad competente falle a nuestro favor.

Ahora bien analicemos cada uno de ellas; la primera sin duda hace relación a la sevicia que nos es más que los tratos crueles, pues sevicia viene del latín “Sae Victia” que significa crueldad.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas manifiesta “Sevicia se dice en general por toda crueldad o dureza excesiva con una persona y en particular de los malos tratos de que se hace víctima al sometido al poder o autoridad de quien así abusa”. (400)

Si bien el legislador utiliza la expresión “Tratos Cruels” no es menester que haga relación a la sevicia como tal, pues hablar de tratos crueles es hablar de sevicia y viceversa hablar de sevicia es hablar de tratos crueles.



La sevicia o tratos crueles como lo llaman ahora nuestros legisladores constituyen las agresiones y maltratos que infiere el marido a la esposa o viceversa, para causarle crueles sufrimientos, poniendo en peligro la integridad física y la salud mental pues es menester tener en cuenta de que los tratos crueles no son únicamente maltratos físicos sino también psicológico, es por ello que hablamos de una sevicia física o moral:

*La sevicia física.*- consiste en los malos tratos de obra, fruto de la conducta despiadada y cruel para con el otro cónyuge (Almeida, 125), estos pueden ser puntapiés, puñetes, golpes con objetos etc.

*La sevicia moral.*- consiste en injurias de palabra, obra u omisión lesivas para la dignidad y sentimiento del cónyuge ofendido (Almeida, 125).

Así, todos los actos que conlleven palabras ofensivas u omisiones de los deberes conyugales o de la solidaridad que se deben los esposos por el hecho del matrimonio; toda acción proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, toda especie de actos intencionales ejecutados de palabra, por escrito o por hechos que constituyan menoscabo, ofensa, afrenta para el otro esposo que mellen el honor, la reputación, su dignidad o hiriendo profundamente sus sentimientos nobles y demás circunstancias de hecho que pudieran presentarse y que tornen intolerable la vida en común, constituye la sevicia moral .

Ahora bien analicemos el segundo supuesto; la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, este es un mal latente en nuestra sociedad, por lo que la segunda causal se ajusta a la realidad que no solo se da en nuestro país sino en todos los estados; generalmente muchas mujeres viven a diario maltrato por parte de su pareja y en muchos de los casos la violencia se extiende a otro miembro de la familia, es por ello que es inconcebible que la mujer o el hombre siga al lado de su agresor (a), pues el matrimonio involucra el respeto, protección y cuidado de su cónyuge, cuando se da todo lo contrario, es decir existe violencia familiar no se puede permitir que la víctima continúe al lado de su victimario por ello nuestra ley hoy en día permite el divorcio amparada en esta causa.

Es importante determinar los conceptos de la palabra violencia y núcleo familiar para determinar su alcance, para ello recurriré a un diccionario y a la ley.

El diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas manifiesta que Violencia es “El empleo de la fuerza, para arrancar el consentimiento. Coacción a fin de que se haga algo que uno no quiere o se abstenga de lo que sin ello se quema o se podría hacer. Opresión. Fuerza. Todo acto contra Justicia y razón. “ (202)

Según la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, en su artículo 2, manifiesta que violencia intrafamiliar “Es toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico y sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar”; así mismo en su artículo 4 determina tres tipos de violencia, mismas que son:

- a) *Violencia Física*.- Todo acto de fuerza que cause daño, dolor en la persona agredida, cualquiera que sea el medio empleado y sus consecuencias, sin considerar el tiempo que se requiera para su recuperación.
- b) *Violencia Psicológica*.- constituye toda acción u omisión que cause daño, dolor, perturbación emocional. Alteración psicológica o disminución de la autoestima de la mujer o el familiar agredido. Es también la intimidación o amenaza mediante la utilización de apremio moral sobre otro miembro de familia, infundiendo miedo o temor a sufrir un mal grave e inminente en su persona o en la de sus ascendientes, descendientes o afines hasta el segundo grado
- c) *Violencia sexual*.- sin perjuicio de los casos de violación y otros delitos contra la libertad sexual, se considera violencia sexual todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, y que la obligue a tener relaciones u otras prácticas sexuales con el agresor o terceros, mediante el uso de fuerza física, intimidación amenaza o cualquier otro medio coercitivo.

Como lo manifestamos anteriormente ahora no solo los tratos crueles (sevicia), es causa de divorcio, sino que de acuerdo a la ley antes referida, podremos entender como violencia a la mujer, hombre u otro miembro de la familia, desde una cachetada hasta las palabras y actos más atroces que puedan cometerse en su contra. Considero que en este caso que el legislador ha acertado con esta reforma, pues no es posible esperar que uno de los cónyuges sea víctima de tratos crueles para recién poder plantear la demanda de divorcio, todo tipo de maltrato es inconcebible, no es necesario determinar su gravedad, pues considero que una bofetada, una palabra hiriente, causan el mismo sufrimiento y resentimiento que un puñetazo o herida más grave, e inclusive se dice que las palabras hieren más que los golpes.

Otra observación que haremos, es que la ley permite a la mujer u hombre plantear el divorcio aun así no exista violencia en su contra pero si en un miembro del núcleo familiar, de allí que es menester determinar a quienes se les considera miembros de este para que pueda proceder la acción de divorcio; el artículo 4 del Reglamento General a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia dice: *“Conforman el núcleo familiar los cónyuges o convivientes, sus padres y más ascendientes, sus hijos y más descendientes, sus hermanos e hijos de estos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad”*. así también quiero hacer notar que no solo la mujer puede ser víctima de cualquier tipo de violencia, sino también el esposo, y consecuentemente le asiste el derecho de solicitar el divorcio.

El matrimonio debe ser el resultado del amor, pero los tratos crueles o todo tipo de violencia a la familia, demuestra que el amor ya no existe; y por lo mismo, es justo que sea causa de divorcio; pues si en uno de los conyugues se encuentra inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad para con el otro, es razonable que a la víctima se le permita liberarse del tormento al que se halla sometido; libertad que solo la obtiene mediante el divorcio declarado en sentencia por el Juez competente.

### **Condiciones de la acción de divorcio por la causal segunda.**

Para que sea procedente la acción de divorcio contencioso por la segunda causal es necesario que se cumplan algunas condiciones:

1. Existencia de un matrimonio valido.
2. Los tratos crueles deben ser graves.
3. Esta causal debe darse de manera habitual.
4. Que el actor sea el conyugue ofendido o inocente
5. Que la acción no haya prescrito.

Recordemos que solamente frente a un matrimonio valido podremos plantear la acción de divorcio por cualquiera de las 9 causales establecidas en el artículo 110 del Código Civil.

Los tratos crueles debe ser graves a tal punto que esta ponga en peligro la integridad física y moral del cónyuge; generalmente este tipo de agresión, dependencia o debilidad, y terror, son ejecutados por uno de los cónyuge hacia el otro en estados de conciencia e inconciencia, teniendo resultados impresionantes en su víctima, pues se convierten en un ser masoquista llegando a depender de su verdugo, de allí que esta agresión se convierte en un círculo vicioso, pues habrá espacios de tranquilidad o felicidad pero sin embargo es probable que se presenten nuevamente episodios de crueldad, llegando la victima a acostumbrarse al maltrato; es por ello que en muchos de los casos estos no son denunciados sino ya cuando es demasiado tarde o su salud se vea afectada gravemente.

Generalmente agresiones como: puntapiés, puñetes, golpes con objetos contundentes, víctima de violaciones, mutilaciones ponen en riesgo y porque no decirlo llegan a atentar contra la vida del cónyuge; además a ello hacemos mención que si bien en algunos casos no se presenta una agresión física, si una agresión moral, los insultos hacia una persona tales como: no vales para nada, eres una inútil, sorra, perra, puta, humillaciones o desprecios constituyen una agresión verbal denigrante hacia la víctima, todo esto pone en riesgo una relación y la estabilidad matrimonial. En virtud de todas estas agresiones que configuran los tratos crueles, el cónyuge

afectado puede poner fin al matrimonio planteando el divorcio contencioso, y en consecuencia poner fin a las agresiones verbales o físicas de la que ha sido víctima dentro de su vida matrimonial.

En caso de que la mujer sea víctima de cualquier tipo de maltrato podrá plantear la acción de divorcio en virtud de la violencia que sufre en su contra o en otro miembro del núcleo familiar, la mujer no debe probar la gravedad de los maltratos sino en sí, que es víctima constante de aquello por parte de su cónyuge, de tal manera que toda acción u omisión que conlleve a un maltrato físico (cachetada, puntapiés etc.) psicológico (insultos) sexual (discriminación por ser mujer, violación etc.) se considera violencia y en base a ello se puede solicitar la disolución del matrimonio, igual derecho considero yo le asiste al hombre en caso de que este sea víctima de aquello.

Otra de las condiciones para que se configure esta causal de divorcio es que esta debe ser frecuente o habitual entenderemos por tal que se hace o se repite una cosa de manera frecuente es decir con intervalos más o menos cercanos; como lo manifesté en líneas anteriores este tipo de agresiones o violencia se convierten en un círculo vicioso de constantes agresiones físicas y verbales; de tal manera que la víctima se ve expuesta de manera frecuente a algún tipo de maltrato.

Únicamente el cónyuge que se creyere perjudicado podrá ejercer la acción de divorcio contencioso por la causal segunda del código civil, dejando negada de manera clara la acción para el conyugue victimario, es muy importante tener en cuenta que para que proceda legalmente esta acción de divorcio por la causal antes mencionada esta no debe hallarse prescrita.

*Artículo 16.-Sustitúyase el artículo 124 con el siguiente:*

“Art. 124.-La acción de divorcio por las causales previstas en el artículo 110 prescribe en el plazo de un año, de la siguiente manera: [...]

2. En las causales dos, [...] contados desde que se realizó el hecho”.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar”:**

Iniciado el juicio de divorcio, en la etapa de prueba es importante dotar al juez de elementos que sustenten las aseveraciones expuestas en la demanda, para ello recurrimos a los diversos medios probatorios que la ley los ha tipificado en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo no todos son aplicables a este caso, de tal manera que procederé a realizar un análisis de los mismos y una ponderación de la prueba testimonial.

La confesión judicial es el reconocimiento que hace una persona, en contra de sí mismo, de un hecho o de la existencia de un derecho; en caso de que el demandado, bajo confesión judicial reconozca haber cometido esta causal en contra de su conyugue, este medio probatorio no será eficaz para probar dicha causal, ya que esta se asimila al allanamiento y en los juicios de divorcio pese a existir esta figura legal se abrirá la causa a prueba, es decir el actor está obligado a probar sus pretensiones expuestas en el libelo de la demanda y el juez prohibido de emitir sentencia acogiendo al allanamiento; así la confesión judicial o allanamiento no serían idóneos para llegar a la verdad de la causal que se invoca y disolver la unión conyugal.

La prueba que considero válida y eficaz para probar esta causal en el juicio de divorcio, es la testimonial, porque a falta de otro medio probatorio esta nos permite dotarle al Juez o Jueza de elementos de convicción para que este presuma que la conducta del demandado se encasilla en la causal cuarta, sin embargo en algunos de los casos podemos complementar esta prueba con la inspección judicial, pericial y documental según las circunstancias que rodeen al hecho, pues es muy difícil que una de ellas pueda ser concluyente para demostrar esta causal, generalmente la inspección judicial y la prueba pericial; la concurrencia de estos medios probatorios más la testimonial permitirán obtener fuerza probatoria y dotar al juez de más elementos de convicción.

La inspección Judicial es un medio probatorio que le permite al juez realizar el reconocimiento de la cosa litigiosa controvertida para juzgar de su estado o circunstancia; si bien este tipo de prueba es utilizada en procesos civiles en el que el objeto del problema es un bien mueble o inmueble, no es menos cierto que también puede recaer sobre lugares, animales e incluso personas como en el caso de interdicción por demencia o locura (763 C.P.C) o para constatar daños y perjuicios derivados de heridas o lesiones y en general todo hecho que sea susceptible de constatación por este medio, de allí que todo tipo de maltrato o violencia ejercida en una persona podría ser objeto de ello: la agresión física, sexual o psicológica más si es de forma cruel e inhumana deja graves secuelas en la víctima, las heridas, amputaciones, quemaduras, moretones, el estado emocional alterado de una persona y en casos más severos su salud mental afectada, podrían ser objeto de inspección judicial, el Juez podría evidenciar de manera directa las secuelas producidas por violencia física y psicológica, no solamente los golpes recientes sino aquellos producidos con anterioridad ya que estos presentan características diferentes de los cuales puede el juez deducir las agresiones anteriores como las recientes y determinar a simple vista la gravedad y habitualidad de los maltratos; pero, ¿porque no considero que la misma pueda ser concluyente para probar la causal segunda?, si bien el Juez o Jueza puede observar en caso de existir secuela que evidentemente dicha persona es víctima de maltrato también no es menos cierto que a tal autoridad no le consta si el conyugue es el autor de dicho hecho, es casi imposible determinar aquello en la diligencia de inspección judicial, de allí que debemos incorporar al proceso otro medio de prueba para demostrarle al juez que evidentemente fue su pareja la que le profiere constantes maltratos, la prueba más idónea sin duda es la testimonial, las personas que conocen de los hechos pueden dar fe de los mismos en juicio.

De igual manera la prueba pericial se complementa con la testimonial, esta es muy valiosa, en los casos en los que se pueda solicitar para demostrar la existencia de malos tratos o algún tipo de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar; los conocimientos especializados de un perito ayudan al juez a tener un mejor criterio de los hechos y esta puede

ser muy acertada en algunos casos, quien más que un especialista para determinar la gravedad de las lesiones y también determinar si las mismas corresponden a un solo hecho, igual en el caso de violencia psicológica va a ser el perito quien determine el estado emocional de la víctima; pero tendremos claro que esta no es suficiente para demostrar la autoría del demandado, jamás el perito podrá decir a ciencia cierta que el demandado es autor de las agresiones si esto no le consta; más aún carecerá de fuerza probatoria en los casos que la víctima no presentare evidencias de maltrato porque estas ya han desaparecido al momento de realizarse la pericia, será imposible en este caso dotarle al juez de suficientes elementos de convicción con la prueba pericial.

Por lo antes manifestado considero que la prueba pericial viene a ser un complemento de otras pruebas (testimonial, documental) de la cual podríamos utilizar en juicio, en este caso solamente con aquella no probaremos la segunda causal de divorcio, pues de que nos serviría un informe pericial negativo en juicio o aun favorable si no demostramos junto a ello que el conyugue demandado es el autor de los hechos alegados, únicamente con esta prueba, jamás podremos demostrar tal causal sino en ciertos casos una parte de ella.

Si bien la prueba documental ha ido tomando más relevancia dentro de la rama del derecho pues es considerada como una prueba plena capaz por si sola de acreditar la veracidad de un hecho, por lo que pensaríamos entonces que con este medio de prueba dentro de juicio sería suficiente para demostrar esta causal, pero esto no es así; considero que en mucho casos por la naturaleza misma de los hechos carecemos de ella o de contar con documento este no es suficiente para que se presuma que el cónyuge demandado incurrió en determinada causal; en estos casos será necesario recurrir a otro más idóneo, como es el testimonial, misma que llega a tener más fuerza probatoria que la documental o por lo menos es complementaria.

Pese a tener prueba documental que justifiquen los hechos alegados: sentencia condenatoria dictada por una de las unidades de Violencia



Intrafamiliar, fotografías, mensajes de texto con contenidos hirientes, informe médico de las lesiones de la víctima, evaluación psicológica de la víctima y de la personalidad del agresor (peritajes), certificados médicos etc., en su conjunto aportaran prueba valiosa en juicio; sin embargo pese a ello yo complementaria con la declaración de dos o más testigos que conozcan de los hechos y doten al juez de mayor elementos de convicción, más aun recurriré a la prueba testimonial cuando la documental no sea concluyente; por ejemplo, en el supuesto de que el agresor es detenido en el momento de proferir agresiones físicas y verbales (infraganti) a su conyugue, la autoría se encuentra determinada en caso de que se inicie un proceso en los juzgados de Violencia intrafamiliar o fiscalía, entonces bastara el informe médico (perito) quien manifestara las lesiones que presenta la agredida, así mismo determinara la gravedad de las lesiones y si las mismas corresponden a un solo hecho, este informe será concluyente para que el juez en sentencia declare la culpabilidad del detenido por violencia intrafamiliar; este antecedente podría ser incorporado al juicio de divorcio como prueba documental para tratar de demostrar la causal segunda del art. 110, pero considero que las copias certificadas de dicho proceso de violencia intrafamiliar incorporadas en el trámite de divorcio no serán suficientes para demostrar la habitualidad de los maltratos, el hecho antes mencionado pudo haber sido el único que se dio dentro del matrimonio y que posterior a ello ya no hubo más hechos de violencia, de allí que es importante analizar cada caso para escoger el medio probatorio idóneo que nos permita dotar al juez de suficientes elementos de convicción; como pude hacerlo notar, si bien en este supuesto recurrimos a una prueba documental considerando que tiene más valor que la testimonial, pudimos darnos cuenta que en este caso la misma no tiene suficiente fuerza probatoria para demostrar esta causal.

En la mayoría de casos este tipo de denuncia, la ponen una sola vez, dejando como antecedente y generalmente desisten de ella por miedo u otro factor; en caso de que el actor continúe con el trámite, en la mayoría de los casos se valen de la prueba testimonial para probar los hechos alegados en los procesos de violencia intrafamiliar; de allí que la sentencia que

introducimos en el juicio de divorcio es el resultado de otros medio probatorio como: el testimonial en la mayoría de casos o pericial. Puede darse el caso también que el juez pese a tener incorporada la copia del trámite en el proceso solicite que tales hechos se prueben dentro del juicio Civil, para ello será necesario presentar testigos conocedores del hecho.

A pesar de los peligros e incongruencias de la prueba testimonial, el legislador ha comprendido que no puede prescindir totalmente de ella, sobre todo, cuando las circunstancias hubieren hecho imposible la obtención de otra prueba, especialmente en materia de hechos y porque reflexionando caemos en cuenta que todos los conocimientos humanos científicos e históricos, tienen su fundamento en el testimonio de los hombres; por lo tanto hay que darle al testigo, el lugar que le corresponde y para alejar los riesgos del engaño, se le debe colocar bajo el control público y conceder al juez facultades suficientes para el examen y castigo del falsario severamente (Hernández et al, 98)

Hay casos en los que es imposible probar esta causal, sino es a través de la prueba testimonial; de tal manera que debemos recurrir al tercero (testigo) que presencié los hechos que se hallan en discusión en el proceso; en la mayoría de los casos es muy difícil contar con una prueba documental por falta de denuncia o simplemente porque estas no se dan por un medio escrito.

Las agresiones físicas y psicológicas se dan dentro de un círculo familiar en primera instancia, de tal manera que en este caso testigos idóneos sería aquellos familiares que han presenciado dichos maltratos; algunas víctimas narran las agresiones frutales, malos tratos, humillaciones, insultos etc., que recibió de su conyugue en presencia de los hijos, hermanos, padres, cuñados etc., los testimonios de estas personas dentro del juicio de divorcio serían muy importantes para probar la causal segunda, en este caso la ley establece que podrán ser testigos los pariente, compadres y padrinos cuando se trate del estado, derechos de familia y otros, así también tener presente que podrán ser testigos los menores de 18 años; quedando a criterio del juez o jueza la valoración de estos testimonios.

Con lo antes mencionado no quiero ser determinante al decir que solo los miembros de la familia pueden conocer de los hechos y como consecuencia de ellos ser testigos dentro del juicio de divorcio, pues los tratos crueles y más aún la violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar es un problema latente en la sociedad, siendo la mujer generalmente víctima de aquella, esta se da en el ámbito familiar, laboral y social, por lo tanto terceras personas como: compañeros de trabajo, empleadas de servicio doméstico, jefes, vecinos etc., pueden ser testigos del maltrato físico o psicológico que comete uno de los conyugues en contra del otro; conocedores de los hechos podrían aportar con su testimonio las circunstancias de los mismos: *¿cuándo sucedió?* en este caso es necesario que los hechos se hayan dado en varias ocasiones, el testigo deberá señalar las fechas en las que pudo presenciar los maltratos (la sevicia o violencia debe ser frecuente); *¿qué sucedió?* especificar el tipo de maltrato que se dio, físico, psicológico o sexual relatar de manera clara las acciones que realizo el agresor en contra de la víctima, por ejemplo: le emitía palabras soeces e hirientes tales como: sorra, hija de puta, no sirves para nada, inútil, desgraciada u otros; o relatar la forma en que la agredió físicamente: la golpeo con sus puños, la pateo en el piso, le produjo heridas con una navaja, boto sus cosas a la calle y la dejo a la intemperie etc. *¿Cómo conoce de los hechos?* esto es fundamental y trascendente a la hora de emitir su testimonio, tienen que manifestar la razón de sus dichos, porque conoce tales hechos, por ejemplo; me consta que el señor tal maltrataba a su esposa, soy vecina de ellos y presenciaba dichos tratos; me consta porque soy compañera de trabajo y los maltratos se daban en presencia de todos los compañeros etc.

En nuestro país se han dado casos asombrosos de maltrato, como el caso de Jessica Ruiz Franco que era víctima de constantes maltratos físicos por parte de su pareja, y tan solo a sus 27 años el agresor el 8 de diciembre del 2013 llego a mutilar sus extremidades superiores, este hecho se da en presencia de su hijo, hermana, un amigo y vecinos, posteriormente se hace público por los diversos medios de comunicación, este es uno de los tantos casos de tratos crueles o violencia que se da en contra de la mujer, en otros

inclusive causan la muerte de la víctima; razón más que suficiente para dar por terminado el vínculo matrimonial por esta causal, misma que será probada con el testimonio de dichos testigos, sin duda se aportara suficientes elementos de convicción al juez para obtener una sentencia favorable.

Es menester también tener en cuenta a aquellos testimonios referenciales, pues los mismos si bien no pueden suplir al testimonio directo puede ser que en algunos casos el Juez o Jueza considere dichos testimonios suficientes para declarar la disolución del vínculo matrimonial, se conoce a este testigo como de oídas ya que su testimonio lo da a cerca de lo que otra persona le dijo de un hecho, esta persona que le manifiesta es generalmente el testigo directo que presencio el mismo; pero no es menos cierto que este testigo siendo referencial llegue a tener la calidad de testigo directo de otros hechos por ejemplo: un policía que no vio la agresión pero cuando llego a tomar procedimiento pudo constatar las lesiones, y por referencia de las personas que se hallaban en el lugar o directamente de la víctima llego a tener conocimiento como sucedieron estos.

La jurisprudencia respecto de este testimonio manifiesta que es muy importante tener mucha cautela, así los jueces deberán tener en cuenta los gestos, tono de voz, contradicciones en las que pueda incurrir el testigo para decidir sobre la credibilidad de lo manifestado.

## **2.4 El Estado Habitual de Falta de Armonía de las dos Voluntades en la Vida Matrimonial.**

Dentro del matrimonio hay desacuerdos normales y hasta naturales en la pareja, seria inverosímil el hecho de que en la convivencia diaria de dos personas no pueda ocurrir algún disgusto doméstico, intercambio de palabras groseras pero cuyo hecho momentáneo no deja huellas rencorosas de ninguna clase, cada ser humano es diferente y el matrimonio implica una etapa de adaptación el uno con el otro, los disgustos transitorios que se dan en la vida matrimonial generalmente en parejas de escasa o ninguna educación no pueden constituir el hecho sustancial que exige nuestro ordenamiento jurídico para la disolución del vínculo matrimonial.

La causal tercera se encontraba regulada inicialmente en el artículo 15 de la ley 43; bajo el siguiente texto *“las ofensas graves y frecuentes, y actitud hostil que manifiesten una falta total de armonía entre las dos voluntades”*, luego esta fue remplazada por la que se encontraba en el numeral tercero del artículo 110 del código Civil *“Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”*, no cabe duda que la causal reformada era una sola *“las ofensas graves y frecuentes, y actitud hostil...”* la conjunción copulativa *“Y”* que se utilizaba en el texto indica claramente que para que procediera anteriormente la acción de divorcio por esta causal debía demostrarse la gravedad de las ofensas y la actitud hostil habitualmente en la vida matrimonial; es decir debía haber la concurrencia de estas dos circunstancias; sin embargo, en la que mantenía el código civil *“injurias graves o actitud hostil”*, el legislador es claro al utilizar la conjunción disyuntiva *“O”* en la redacción del texto ya que las hace independientes la una de la otra, esta causal podía configurarse en dos causales, pues la acción de divorcio podía proceder únicamente ya sea por injurias graves, por actitud hostil o por ambas siempre que a consecuencia de ellas exista falta de armonía de las dos voluntades en el hogar.

Actualmente con la ley reformativa al código Civil de fecha 19 de Junio del 2015 se sustituye el art 110 por el art 11 de dicha ley, y en lo que respecta a la causal tercera establece *“El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”* da lugar para disolver el vínculo matrimonial; de tal manera que esta causal deja la puerta abierta a diversas circunstancias que puedan presentarse en el hogar y como consecuencia de ello se dé la falta de armonía; la causal tercera permite plantear la acción de divorcio ya no únicamente en base a las injurias graves o actitud hostil como lo establecía nuestra ley antes de la reforma, sino podría ser por la incompatibilidad de caracteres, discusiones frecuentes, religión, estatus social, hábitos, aspectos ideológicos, costumbres etc., que provoquen un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.

Mencionaba anteriormente algunos hechos que tendrían como consecuencia un estado habitual de falta de armonía de la pareja en su vida matrimonial; uno de ellos por ejemplo es la incompatibilidad de caracteres, el hecho de que a uno le guste dormir y al otro hacer deporte, el uno sea vegetariano y el otro no, que le guste salir y al otro quedarse en casa son aspectos que conllevan a discusiones y por ende rompen la armonía matrimonial; no aceptar la personalidad de la otra persona conlleva a que sus discrepancias se conviertan en un volcán de ofensas, insultos, humillaciones, rencores etc., mismos que hacen que habitualmente la vida matrimonial no se de en un ambiente de armonía y como tal los cónyuges toman la decisión de separarse, hoy de acuerdo a la causal tercera podrán solicitar el divorcio.

No quiero dejar de mencionar lo que la ley permite en el art 110 previo a la reforma del código Civil, como causas que provocan una falta de armonía en la vida matrimonial, estas eran las injurias graves y la actitud hostil que si bien ahora no están establecidas taxativamente en nuestra ley, de darse estos hechos sin duda el conyugue agraviado puede solicitar de igual manera el divorcio, pues estos hechos que se dan con mayor frecuencia son la causa principal mas no las únicas que conlleve a la falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.

Para Guillermo Cabanellas la injuria es “Agravio, ofensa o ultraje de palabra o de obra, con intención de deshonorar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a otra persona, ponerla en ridículo o mofarse de ella.” Y Graves “las de mayor trascendencia; las que entrañan peor intención resultan más ofensivas para la víctima”. (230)

Cuando se manifiestan palabras injuriosas o los desacuerdos, provocan habitualmente desarmonía entre los conyugues, el matrimonio no puede perdurar; por ello se pueden recurrir al divorcio, todas aquellas ofensas de palabra y de hecho proferidas al conyugue constituyen la causal tercera, el concepto de injuria es mucho más amplio al concepto en el ámbito penal, así las injurias pueden ser toda expresión deshonrosa, un desprecio,

toda actitud, conducta o todo hecho deliberado ultrajante para el conyugue ofendido; todos estos hechos serán apreciados y calificados por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias.

Se dice que los hechos injuriosos pueden ser aquellas ofensas recibidas previo al juicio de divorcio como por ejemplo: transmisión de enfermedades, vicios de juego o embriaguez, negativa a suministrar alimentos entre otros; sin embargo quedara a criterio del juez en cada caso para determinar si tales hechos han provocado en la vida matrimonial un estado habitual de falta de armonía.

Otro elemento que puede llevar habitualmente a la falta de armonía en la vida matrimonial es la actitud hostil que tiene uno de los cónyuges para con el otro; Almeida manifiesta que “Estas no son más que el resultado de aquellos hechos o actitudes que por su gravedad imposibilitan al cónyuge ofendido para continuar la vida conyugal” (126). Se dice que una persona con actitud hostil es aquella que responde de manera agresiva, haciendo uso de la violencia, agresión y desprecio para con otra persona poniendo en riesgo su integridad y por ende la convivencia mutua, por ejemplo las constantes críticas al trabajo del hogar, los gritos, las recriminaciones, amenazas, evitar todo contacto visual con gestos de desprecio, aislarle no dejando que hable o se dirija a otros, ignorar la presencia del conyugue dirigiéndose a otros, interrumpirle constantemente cuando habla o burlarse de su forma de pensar ridiculizándole o riéndose de la pareja, lanzar objetos así la persona, menospreciarla, votarla de la casa etc., son actitudes hostiles que pueden darse dentro de un hogar, la víctima podrá en este caso solicitar el divorcio en base a la tercera causal vigente actualmente.

Quiero dejar en claro que los hechos manifestados anteriormente no serán los únicos que puedan dar lugar habitualmente a la falta de armonía de los cónyuges en su hogar; toda acción u omisión de un cónyuge contra el otro, que como consecuencia de lugar a lo que establece esta causal da derecho al otro para proponer la acción de divorcio.



**Condiciones de la acción de divorcio por la causal de “El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”.**

1. Existencia de un matrimonio válido.
2. Estado habitual de falta de armonía
3. Que el actor sea el conyugue ofendido o inocente
4. Que la acción no haya prescrito.

Recordemos para que proceda el divorcio es necesario la existencia de un matrimonio válidamente celebrado, y que los actos que den como consecuencia la falta de armonía pueden darse durante la convivencia de los cónyuges, como en el estado de separación.

Uno de los requisitos de la causal tercera es el estado habitualidad de falta de armonía, al referirnos a la habitualidad podemos decir que se da o repite con frecuencia; pues para que proceda la misma deberemos demostrar tal circunstancia al Juez; para Guillermo Cabanellas habitualidad es “El estado Durable, la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto” (204), de lo manifestado entenderemos que la falta de armonía debe ser permanente, constante dentro del hogar, en caso de que esta circunstancia no se dé, no podremos plantear el divorcio por esta causa.

La falta de armonía puede provenir de diversos hechos, sin embargo independientemente de lo que la provoca, esta debe darse de forma habitual esto hará que se haga imposible la vida en común entre los cónyuges; la práctica constante de ciertos actos, la reiteración cada vez más grave con animus y conciencia de la conducta lesiva hacia la personalidad del otro cónyuge, las acciones que menoscaban su dignidad, que hieren su condición etc., hace que no les permite a plenitud conseguir la cordialidad en el hogar; siendo entonces la pluralidad requisito esencial de esta causal ya que no se podría aceptar el divorcio si dentro de la vida matrimonial en algún momento pudo haber discrepancias entre los esposos pero esto no da como consecuencia falta de armonía entre aquellos así por ningún motivo



esta discrepancias podría configurar la habitualidad que esta causal exige para que proceda la disolución del vínculo matrimonial. La falta de armonía puede provenir de las injuria que profiere un cónyuge al otro por medio de la palabra, de la pluma o de aquellos actos que sin haber pronunciado palabra alguna no dejan de tener el carácter de una ofensa que ultraja al otro esposo, también puede provenir de actitudes hostiles que violan los deberes matrimoniales por ejemplo: cuando uno de los esposos descuida su deber de atención a las necesidades de familia (alimentación, enfermedad); negativa injustificada a la cohabitación para mantener relaciones sexuales; de palabra cuando uno de los cónyuges manifiesta celos excesivos e infundados, atribución del cometimiento de un delito, injurias proferidas por afirmaciones contenidas en demandas declaradas infundadas, amenazas de muerte, etc., con estas actitudes se afecta a los fundamentos del matrimonio como es el auxilio mutuo, vivir juntos en un ambiente de armonía y el respeto sobre todo.

Podrá únicamente proponer la acción de divorcio por la causal tercera del artículo 110 del código Civil el conyugue afectado.

De acuerdo al Art. 16 de la Ley reformativa al código Civil que sustituye al Art 124 del Código Civil establece que la acción de divorcio por las causales previstas en el artículo 110 prescribe en el plazo de un año de la siguiente manera:

1. En las causales [...], tres [...], contados desde que se realizó el hecho.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal tercera: El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial:**

Para la demostración de esta causal en la etapa de prueba correspondiente en el juicio de divorcio contencioso, el testimonio es válido y eficaz para dicho propósito, siendo el más utilizado por los profesionales del derecho, aunque en caso de existir otro medio probatorio nos referimos al documental este también sería eficaz para demostrar la misma.

La variedad de actos que puedan llevar a que se configure la causal tercera y si hacemos alusión a los que mencionamos anteriormente como detonantes de una falta de armonía en la vida matrimonial de las dos voluntades, las injurias o actitud hostil, diríamos que estas no son objeto de pericia, inspección judicial y generalmente no quedan registradas en un documento, pero podemos hacer mención de que en algunos casos el agresor ha dejado o acostumbraba a agredir a su víctima no solo de forma personal sino a través de: mensajes de texto, cartas, mensajes por redes sociales (Facebook, Whatsapp, twitter, correo electrónico), mensajes de voz con contenidos o expresiones hostiles hacia una persona tales como hija (o) de puta, malnacida (o), ladrona, zorra, no sirves para nada etc., este tipo de prueba, cabe señalar que tiene que ser suficiente para demostrar que por tales hechos se da habitualmente falta de armonía en la vida matrimonial; con esto quiero decir que por ejemplo la impresión de uno o dos mensaje de texto o cartas, introducidas en juicio como prueba documental no será suficientes para que el juzgador pueda tener los elementos de convicción necesarios que le hagan presumir la habitualidad de falta de armonía; de tal manera que tales hechos nos deben ser aislados; además que dependerá del juzgador determinar el contenido de dichos documentos para establecer si se puede configurar esta causal de divorcio.

La prueba testimonial puede darse en virtud de que una persona ha captado in facto un hecho, es decir aquel que por la casualidad es conocedor de un suceso y que por lo tanto tienen la capacidad de narrarlo ya que se encontraba en el lugar que sucedieron estos, esta declaración recae sobre aquello que pudo percibir con sus sentidos (vista, oído etc.); también podremos acudir a los testigos referenciales pues si bien no son personas que percibieron de manera directa los hechos sino conocen en virtud de que terceros les han contado; la narración de estos aportarían al proceso datos que pueden constituir indicios del cometimiento de los hechos que no permiten vivir a la pareja en un ambiente de paz, armonía y amistad. El testimonio de estos testigos en el juicio de divorcio tiene por objeto dotarle al juez de elementos de convicción que le hagan presumir que lo alegado en la demanda es cierto esto es que hay una habitual falta de armonía de la

pareja en la vida matrimonial. Así que desde el punto de vista teórico o práctico existe una verdadera necesidad de recurrir a ella; pues la naturaleza de simples hechos jurídicos o de sucesos naturales transitorios hace imposible verificarlos mediante un conocimiento directo del juez y en su gran mayoría no permite que sean objeto de documentación. (Echandía, 87)

El testigo en el momento de su narración está llamado a responder con la verdad, señalar de manera clara y precisa los hechos con el fin de que la fuerza probatoria de su declaración sea apreciada por la jueza o juez conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo este tener en cuenta la razón que hayan dado de los hechos y las circunstancias que concurren para su apreciación. Así los hechos no deben ser ajenos al testigo, ni que el resultado del proceso interese al mismo ya sea por parentesco, amistad o enemistad; de darse el caso, el juez puede según las circunstancias del testimonio limitar o rechazar totalmente la eficacia probatoria del mismo, así también la otra parte tendrá derecho a tachar al testigo.

Por lo antes mencionado es menester hacer una crítica a aquellos testigos que declaran como que han estado en todo tiempo y lugar pues carecen de veracidad ya que es imposible que el mismo se encuentre en dos lugares al mismo tiempo, o conozcan de manera exhaustiva la vida de una pareja, pues es inverosímil el hecho de que el testigo manifieste que le consta que todos los días ella presenciaba que uno de los conyugues profería injurias, malos tratos, peleas, discusiones, actitudes hostiles etc., de uno de ellos hacia el otro.

Para la jurisprudencia la causal tercera debe ser demostrada por el actor con prueba testimonial directa, circunstancial y objetiva, no de hechos esporádicos ni aislados, sino permanentes de tal gravedad que hagan imposible la armonía conyugal y se imponga la disolución del nexo conyugal. (Espinosa, 344).

De tal manera como lo considera Couto quedará a criterio del juez considerar las circunstancias de las declaraciones, para determinar si los hechos manifestado por los testigos ya sean estos injurias graves, actitud hostil u otros hacia uno de los cónyuges dan como consecuencia una habitual falta de armonía entre ellos, para ello deberá el Juez tener en cuenta la educación y condición social de la persona que recibe el ultraje así lo ha decidido la jurisprudencia

pese a que eminentes jurisconsultos como Laurent han manifestado que no solo el juez debe tomar en cuenta los dos presupuestos antes mencionados sino también las costumbres y los sentimientos de las partes.

Las ideas, la instrucción y la educación son muy distintos en los individuos que pertenecen a diferentes rangos de la sociedad, es por ello que para determinar si un hecho es o no injurioso hay que atender a la impresión que causa en la persona víctima del ultraje, según el grado de sensibilidad que no es más que el producto de la instrucción y educación recibida; pues hay personas que están acostumbrados desde la infancia a un lenguaje grosero, a las palabras más ultrajantes, que sin embargo no hieren en lo más mínimo su sensibilidad, pero hay otros seres delicados y sensibles hasta el exceso para quienes nada es indiferente viendo ultrajes en un gesto o en una mirada más que en las palabras, considerándolos como dardos punzantes que desgarran el alma y dejan heridas incurables. (185)

De tal manera que el juez deberá tomar en cuenta dichas consideraciones con imparcialidad y objetividad por más que parezcan antipáticas a simple vista, esto con el fin de que causas de poca importancia o interés invocados por el actor no sean motivo de separación ya que tal vez el demandado no ha obrado sino por la impresión del momento.

Hay otros hechos que llevan a la pareja a vivir en desarmonía y no hay necesidad de tener en cuenta el rango social de los conyugues como: el reproche en público de adulterio hacia la esposa, cuando el marido se rehusó a recibir a su mujer en el domicilio conyugal, negarle el alimento para su adecuada subsistencia, descuidar los deberes conyugales, lanzamiento de objetos, sacarle la ropa a la calle, injurias o actitudes que afecten la profesión, oficio culto, prácticas religiosas, entre otros.

## **2.5 Las Amenazas Graves de un cónyuge contra la vida del otro.**

Una de las causales que no ha sufrido ninguna variante es la causal cuarta, pues desde su vigencia que data de más de 20 años permanece intacta, pese a la ley reformativa al Código Civil los legisladores la mantienen vigente como causal de divorcio.

Uno de los fines del matrimonio es auxiliarse mutuamente entre los cónyuges; de tal manera que si hay amenazas de uno contra la vida del otro esto no constituye auxilio.

Lovato considera que si repetidamente un conyugue da a entender al otro con actos o palabras que quiere acabar con la vida de este, ese conyugue no debe, no merece seguir siendo tal conyugue; es un enemigo, por lo tanto no puede seguir en matrimonio con aquel que es víctima de sus amenazas, en este caso, clara es la necesidad del divorcio, (288)

Para ello será necesario proponer dicha acción fundándonos en la causal cuarta del artículo 110 del código Civil “Amenazas graves de un conyugue contra la vida del otro”.

Guillermo Cabanellas, define a la amenaza como: “Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal. Indicio o anuncio de un perjuicio cercano” (31).

De lo dicho podemos deducir que la amenaza es dar a conocer o entender la intención que tiene uno de los cónyuges para con el otro de causarle daño en este caso la intención de dar muerte a su pareja.

Ante estas circunstancias ninguna persona está obligada a permanecer en situación peligrosa, hasta que haya caído sobre él, el peligro; más aún cuando se atentan contra un derecho fundamental consagrado en la carta magna como es la vida.

### **Condiciones de la acción de divorcio por la causal de “Las amenazas graves de un cónyuge contra el otro”**

Para que se configure esta causal es necesario que se dé ciertas condiciones que analizaremos a continuación:

- a.) Las amenazas.
- b.) La amenaza debe ser grave
- c.) La amenaza se realice al cónyuge.

- d.) Que la amenaza atente contra la vida del cónyuge.
- e.) Que no se halle prescrita la acción.

La acción de amenazar nos dice Marcelo Almeida que “no es sino la promesa de causar daño al otro conyugue” (126), ya sea manifestada verbalmente o a través de hechos, pues esta amenaza debe tener la intención de causar daño a su cónyuge.

Otra de las condiciones de esta causal es que la amenaza deberá ser grave, el texto del numeral cuarto del Art 110 del Código Civil manifiesta expresamente “*Amenaza Grave*”, por lo tanto es importante tener en cuenta que la gravedad la entenderemos como peligrosa, no será causa de divorcio si aquel que amenaza no tiene la intención real de cumplirla o esta sea irrealizable; ya que en este caso no existe peligro alguno en contra de la integridad de quien alega dicha causal, por lo tanto no procederá la acción de divorcio. Será necesario determinar la verdadera intención del sujeto ofensor, el juez deberá calificar la gravedad de las amenazas en atención a la persona que dice como a la que recibe.

Para que proceda el divorcio por esta causal las amenazas deberán ser dirigidas al cónyuge ofendido, pues no podrá fundarse cuando aquellas se hayan dirigido a familiares o terceras personas; las amenazas que se dan a uno de los cónyuges pueden provenir de diverso medios ya sean estos escritos, de palabra, de obra o simulados (figuras); también las amenazas pueden darse de forma directa por uno de los cónyuges o a través de intermediarios.

La amenaza debe ir dirigida explícitamente con la promesa de privar de la vida al otro cónyuge, así lo exige dicha causal; cualquier otro tipo de acción que no se configure en dicha intención queda excluida de esta causal, sin embargo lo que he manifestado no quita que estas puedan configurarse en otras causales (injurias, actitud hostil, sevicia).

Con la nueva reforma al Código Civil esta causal prescribe en el plazo de un año contado desde que se realizó el hecho.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “Las amenazas graves que atentan contra la vida del cónyuge”.**

Al existir amenazas por parte de un conyugue hacia el otro, clara es la necesidad de que este pueda recurrir al divorcio, sin embargo es raro ver un proceso de esta índole en las diferentes unidades de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de nuestro país; considero que tanto esta como otras causales han caído en desuso, ya sea porque las mismas no se acoplan a las diversas circunstancias que se dan en la vida actual de una pareja, o porque son muy difíciles de probar y fáciles de desvirtuar, de allí que muchas parejas que se ven atadas a una relación donde el respeto, el amor, el auxilio mutuo etc., ha terminado pero han debido seguir sujetas a este vínculo matrimonial por lo antes mencionado.

Descartare rotundamente los diversos medios probatorios con excepción de la prueba testimonial, pues esta es la más idónea para probar dicha causal, pese a ser una de las pruebas más criticadas por diversas circunstancias, sigue teniendo importancia dentro de la rama del derecho para probar aquellos hechos donde no ha quedado evidencia alguna más que la testimonial.

Como lo manifesté anteriormente este tipo de causal se da de manera esporádica por no decir casi nunca, ya que es muy difícil de probar las amenazas en contra de la vida de uno de los cónyuges, estas se dan generalmente dentro del hogar cuando la pareja generalmente discute, y si estas fueron expresadas en presencia de una tercera persona, este podría ser testigo de tal echo pero como puede esta afirmar, que la intención de quien profirió tal amenaza es dar muerte a su cónyuge o simplemente por el calor de la discusión lo manifestó sin que este tenga en algún momento la intención de cometer tal acto atroz en contra de su esposa o (o).

Para que esta causal proceda judicialmente es necesario que dichas amenazas se den de manera repetitivas y no sea un hecho aislado producto de la rabia y malestar con su cónyuge por discusiones propias dentro de un matrimonio; el testimonio debe aportar circunstancias que le permitan al Juez o Jueza tener convencimiento de que la vida de uno de los cónyuges

se encuentra en peligro en virtud de que hay totalmente la intención por parte de su pareja cometer tal acto; como lo refiere el texto de la causal estudiada la amenaza debe ser *grave*, por lo tanto debidamente fundadas y de realización probable.

¿Pero cómo probar algo totalmente subjetivo? es muy complicado que el testigo pueda afirmar cual es la intención del sujeto que amenaza, si bien este podrá narrar las circunstancias del hecho y dar fe de que el cónyuge amenaza en contra de la vida del otro, no bastara para disolver el matrimonio ya que puede ser que dicha amenaza provino de la ira y del momento de la discusión y mas no el sujeto ofensor tiene la intención de causar tal daño a su cónyuge; por lo tanto el Juez deberá analizar particularmente cada caso teniendo en cuenta las condiciones que se presenten, tales como: el de peligrosidad, educación, medio en el que viven, capacidad de discernimiento u otros antecedentes del cónyuge agraviado como del ofensor, para poder declarar en sentencia la disolución del vínculo matrimonial en base a esta causal.

Considero que esta causal si bien es difícil de probar con el testimonio de una persona, más aun lo será con una prueba documental u otras que pretendan justificar tal hecho como es la amenaza grave del cónyuge contra la vida del otro.

## **2.6 Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.**

Si nuestros legisladores tomaron en cuenta que la amenaza grave en contra de la vida del otro cónyuge es causal de divorcio, más aun será cuando exista ya una tentativa en contra de aquella. Como lo dice Juan Lovato:

.... de qué sirve mantener un matrimonio cuando en un hogar uno de los conyugues ha invertido sus obligaciones, que debiendo hacer todo lo posible para fomentar y conservar la vida y el amor, procura el exterminio de su consorte; frente a ello será imposible la reconciliación entre los cónyuges, más en todo caso aparece la necesidad inminente del divorcio. (78)



En 1904, ante la insuficiencia de la ley de 1902 que regulaba como únicas causas de divorcio: el adulterio de la mujer y el concubinato público y escandaloso del marido; se introduce mediante una reforma al artículo 22 de la Ley del Matrimonio Civil, la siguiente causal de divorcio:

El Artículo 22 dirá: Son causas de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial. [...]

3.- *haberse declarado por sentencia judicial que es uno de los cónyuges autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro.* [...]

Desde 1904 que fue regulada esta causal hasta el 19 de Junio del presente año no ha tenido grandes cambios que incidan en el contexto de la misma; actualmente con la Ley reformativa al Código Civil promulgada en el registro oficial número 526 se cambia el texto de dicha causal, quedando de la siguiente manera:

*Artículo 110 Código Civil.- “son causas de divorcio. [...]*

5.- La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro. [...]”,

Antes de la reforma la causal quinta decía: “tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice”; si analizamos la causal anterior con la actual nos damos cuenta que se ha suprimido la parte final de la misma “como autor o cómplice” de tal manera que los términos de la ley excluía al cónyuge encubridor de este delito, sin embargo con la reforma pensaríamos quedan comprendidos en dicha causal no solo los antes referidos sino también el encubridor, pero esto no es así ya que con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal pueden las personas participar de una infracción penal como autores o cómplices eliminando la figura del encubridor.

Es menester recurrir al Código Orgánico Integral Penal para determinar que es la tentativa.

*Artículo 39 C.O.I.P. Tentativa.-* Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por

circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

**Condiciones de la acción de divorcio por la causal de “La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.”**

Para que proceda la causal quinta es menester que esta cumpla con las siguientes condiciones:

1. Intención no equivoca de cometer el delito.
2. Manifestación de actos idóneos para el cometimiento del delito.
3. No se consuma el delito.
4. Que no se halle prescrita la acción.

La intención en este caso no es más que el deseo de causar la muerte al conyugue pero que por actos ajenos a su voluntad esto no es posible; la intencionalidad está relacionada con la conciencia, pues aquel que comete un delito sin conciencia y voluntad no puede ser penado, de tal manera que en este caso sino se demuestra la intención del sujeto pasivo no procederá la acción de divorcio, teniendo el juez que rechazar la demanda y por lo tanto negándole el divorcio al actor o actora.

La intención es algo subjetivo que permanece oculto y no se nota a primera vista, de tal manera que será imposible determinar a ciencia cierta las verdaderas intenciones de una persona, si no hay hechos que nos hagan presumir el deseo de causar daño a su conyugue, será imposible determinar la misma; de allí que es necesario que se cumpla la segunda condición para que proceda la causal de divorcio.

Para alegar este tipo de delito es necesario que se haya dado diversos actos idóneos, que nos hagan presumir la intención de atentar contra la vida de uno de los cónyuges; estos podrían ser la tenencia de armas, localización de las heridas en la víctima, gravedad de las heridas, localización de disparos o puñaladas, objetos con los que se pretendió cometer el delito y en

sí, las demás circunstancias del hecho que deberán ser valoradas por el Juez que conoce de la causa.

Otro de los requisitos indispensables, es que el delito no se consuma, pues queda comprendido en esta causal únicamente la tentativa, y esto es lógico en virtud de que si uno de los cónyuges falleciera ya no será necesario plantear la acción de divorcio pues el matrimonio termina también por la muerte de uno de ellos, y la acción penal que acarrea al cónyuge en este caso será el de femicidio.

La acción de divorcio por la causal quinta del art 110 del Código Civil prescribe en un año contado desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se tratare.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro”.**

Muchos autores manifiestan que previo a plantear la acción de divorcio por esta causal debemos contar con la sentencia ejecutoriada que declare la culpabilidad de este delito, sin embargo considero que este criterio no es acertado pues dicha causal procede con o sin dicha sentencia, pues hay muchos casos en los que este delito no ha sido denunciado a la autoridad competente por el agraviado; pero sin embargo esto no significa que dicha persona no pueda ejercer la acción de divorcio por esta causa.

La prueba para demostrar podría ser la documental, pues la sentencia ejecutoriada presentada en juicio es una prueba plena que permite al actor demostrar lo afirmado en el libelo de la demanda de divorcio amparada en la causal quinta; al ser una prueba plena esta por si sola basta para demostrar la existencia de tal hecho.

Esta prueba documental deja a un lado los otros medios probatorios incluyendo al testimonial, considero en este caso basta perseguir la acción penal y una vez adquirida sentencia favorable proponer el juicio de divorcio, si contáramos con dicho documento este sería el más idóneo, valido y eficaz para demostrar esta causal y que el Juez en sentencia disuelva el

vínculo matrimonial. En caso de no existir dicha sentencia podremos recurrir a otros medios probatorios como el testimonial, pericial, o documental para dotar al juez de elementos de convicción.

Como lo manifesté en el primer párrafo hay muchos casos en el que el conyugue agraviado no denuncia este tipo de delito, sin embargo este puede plantear la acción de divorcio por esta causa en virtud de que nadie puede obligarlo a permanecer al lado de su victimario, ya en la etapa de prueba dentro de este proceso, el actor deberá demostrar la intención y los actos idóneos que realizó el sujeto pasivo para cometer este delito, posteriormente corresponde al juez de lo civil valor la prueba y determinar si la conducta del demandado se ajusta a la causal quinta, de darse el caso el juez concederá en sentencia disuelto el vínculo matrimonial, mas no tendrá competencia para sancionarlo por la tentativa en contra de la vida de su cónyuge pues es un delito pues es un delito que deberá ser juzgado y sancionado por la ley penal.

Para demostrar la causal quinta el testimonio en algunos casos seria valido y eficaz, supongamos por ejemplo; uno de los conyugue quiso matar a su pareja con un cuchillo, causándole varias heridas y por no ser de la ayuda de sus vecinos que intervinieron en el hecho este pudo haber cometido su objetivo, sin embargo no fue así quedando el hecho ajustado a la causal quinta que es tentativa de uno de los conyugues contra la vida del otro; en este caso la prueba por medio de dichos testigos es la más idónea, si no existen otras de más alto valor (sentencia penal), pues aquellas personas que auxiliaron a la víctima, pueden dar fe de la existencia de este hecho jurídico por estar presentes en el momento de su ejecución, si bien la prueba testimonial como lo manifiesta el profesor Dr. Nicolás Coviello no da aquellas garantías de precisión, exactitud o veracidad como lo hace la prueba escrita, y que por tal motivo el legislador ha debido excluir por razones especiales en algunos casos y en los que no esta es totalmente admisible (601), de tal manera nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe valernos de dicho medio para probar en juicio de divorcio esta u otras causales.

A la prueba testimonial se puede complementar con la documental, por ejemplo en el supuesto de que se haya querido envenenar al cónyuge a través de una bebida o la ingesta de alimentos y que por acudir de forma inmediata a un centro médico no se cumplió su objetivo, así el análisis de la bebida o comida que indiquen el tipo de sustancia ingerido por la víctima, el certificado médico de las lesiones que causó en la víctima y la declaración de testigos que conozcan del hecho aportadas en juicio en su conjunto dotarán de mayor elementos de convicción al Juez o Jueza que conoce de la causa.

Debo manifestar que en este caso la prueba testimonial se hace necesaria para demostrar dicha causal sin embargo debemos recordar que la sentencia ejecutoriada en el ámbito penal tiene la característica de prueba documental, y en este caso es una prueba plena con la que demostraríamos la causal quinta sin necesidad de recurrir a la prueba testimonial u otras.

## **2.7 Los Actos Ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de Involucrar al otro o a los hijos en Actividades Ilícitas.**

Esta causal sexta podríamos decir que es similar a la causal séptima que se mantenía previo a la reforma de fecha 19 de Junio del código civil, digo similar porque esta nueva causal introduce un término nuevo que nos corresponde analizarlo para comprender de la mejor manera la misma.

Art 110 del Código Civil previa a la reforma de esta ley decía.- son causas de divorcio:

7.- los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de *corromper*<sup>4</sup> al otro, o a uno o más de los hijos.

Sin embargo con la reforma a este se establece en el art 110 del Código Civil, en el numeral sexto que será causa de divorcio:

6.- “los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de *involucrar*<sup>5</sup> al otro o a los hijos en actividades ilícitas”.

---

<sup>4</sup> El énfasis me pertenece (*involucrar*).

Las palabras que se encuentran en negrita hace referencia a los actos que se debe dar para que se configure la causal, sin duda estos dos términos tienen significados diferentes lo que lleva a que la actual causal sea diferente.

Se dice que *corromper* es equivalente a introducir vicios en el espíritu (Almeida,128), dañar, echar a perder, pervertir a una persona, causarle un daño moral con malos consejos o malos ejemplos, como inducirle al alcohol, a las drogas, a los juegos de azar, sobornar con dadas para que hagan lo contrario a las buenas costumbres, obligar al conyuge a la prostitución etc., sin duda vemos que esta causal trata de proteger al cónyuge y a los hijos de ciertos vicios, defendiendo la integridad sobre todo moral y física de aquellos.

Conforme el diccionario de la lengua española *involucrar* es abarcar, incluir, comprender. Complicar a alguien en un asunto, comprometiéndolo en él. (880); de acuerdo a la sexta causal deberá comprometer al cónyuge o a sus hijos en actividades ilícitas para ello es necesario recordemos lo que manifiesta Cabanellas:

... ilícito es todo aquello prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, a la equidad, a la razón o a las buenas costumbres. Illegal.- contrario a la ley. Prohibido por ella. Delictivo aun cuando el delito constituya en realidad adaptación a la ley penal. (216).

Con la reforma al código Civil en lo que respecta a la causal que estamos analizando la ley no se aparta de la protección a estos valores legales y morales sino más bien esta causal es mucha más amplía en relación a la otra, ya que únicamente considero que no hace alusión al ámbito penal sino también a otros ámbitos del derecho; el concepto de ilícito es claro, todo lo que está prohibido por la ley; de allí si por ejemplo recurrimos a la Constitución o al Código De la niñez y adolescencia veremos que estas leyes prohíben el trabajo infantil, pornografía infantil y otros semejantes., así que si uno de los cónyuges (padres) inobservan esta prohibición y consecuentemente involucra en dichos actos a su conyuge o

---

<sup>5</sup> El énfasis me pertenece (*corromper*)

hijo estarían encasillando su conducta a la norma prescrita en el numeral sexto del art. 110 del Código Civil esto es que sin perjuicio de sanciones penales, civiles u otras que pueda recaer sobre el infractor, el cónyuge inocente tiene la posibilidad de demandar el divorcio y que el juez en sentencia declare disuelto el vínculo matrimonial.

Sin duda el conyugue que se vea inmerso en esta causal viola gravemente los deberes que impone el matrimonio como el respeto y protección del uno hacia el otro, pues la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges respecto del otro o de los hijos que lleve a este a involucrarlos en actividades ilícitas supone el cometimiento de cualquier delito, lo que hace imposible la vida matrimonial; el amor, afecto y respeto desaparecen entre la pareja y respecto de sus hijos.

### **Condiciones de la acción de divorcio por la causal sexta.**

Para que proceda esta causal es menester que la misma cumpla con las siguientes condiciones:

1. Existencia de un matrimonio valido
2. Que se trate de actividades ilícitas.
3. Que involucre al cónyuge o a sus hijos.
4. Que la acción no se halle prescrita.

La primera es la condición que lo hemos venido manifestando que debe cumplirse en las anteriores causales y en esta no es la excepción.

Como lo manifestamos anteriormente las actividades ilícitas son aquellos actos contrarios al orden público, las buenas costumbres o los actos prohibidos por la ley, mismos que son reprochables por la sociedad y sancionados por nuestro ordenamiento jurídico; hay un sin número de actividades que prohíbe realizar nuestra ley por ejemplo; lavado de dinero, venta y comercialización de drogas, trabajo infantil, delitos contra la vida, explotación sexual y otros ilícitos tipificados en las leyes civiles, mercantiles, laborales etc., en caso de cometerlos estamos sujetos a una sanción pecuniaria o privativa de la libertad de acuerdo a lo que se encuentra regulado en los diferentes códigos legales en virtud de la infección legal que

hayamos cometido; ahora bien si uno de los cónyuge compromete o incluya al otro o a sus hijos en dichas actividades ilícitas le da derecho al cónyuge inocente para solicitar mediante el divorcio la disolución del vínculo matrimonial. Cabe aclarar también que para que proceda el divorcio no se exige que dicha actividad ilegal haya sido previamente sancionada por la ley, es decir no es esencial la prejudicialidad.

Es necesario destacar que para que proceda esta causal el involucramiento debe estar relacionado con el cónyuge o sus hijos, en cuanto a este último entenderemos aquellos que tienen en común o de otra pareja anterior. Estos sujetos deben verse involucrados es decir incluidos, comprendidos o comprometidos en una actividad ilegal por culpa del padre o madre respecto de los hijos o del otro conyugue, sin importar el medio que haya utilizado para este fin, ya que puede comprometerlos a través de engaños, con utilización de la fuerza o autoridad que ejerce sobre tales con amenazas.

El sujeto activo de esta acción podrá ser cualquiera de los cónyuge que se vea involucrado en este tipo de actividades siempre que la acción no haya prescrito, esta causal prescribe en un año contado desde que el conyugue perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se tratare.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “los actos ejecutados por uno de los conyugues con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas”**

Un conyugue más aún si es padre está llamado a proteger y cuidar del otro y de sus hijos, a formarlos debidamente, defenderlos y ampararlos; involucrarlos en actividades ilícitas más aún si el culpable es un padre el otro tiene derecho para pedir el divorcio por esta causa.

Esta es otra de las causales donde la prueba testimonial tiene gran importancia para demostrar aquellos actos que ejecuto uno de los conyugues para involucrar al otro en actividades ilícitas; cualquiera que



actúa contrario a la ley trata de dejar la menor evidencia posible peor aún dejar constancia escrita de dicha actitud.

Supongamos que uno de los cónyuges se dedica a la venta y comercialización de droga y que a través de amenazas o por la autoridad que ejerce sobre sus hijos o cónyuge los involucre en dicha actividad ilícita, con actos como: obligándolos a empaquetar droga, buscar probables clientes o a vender dicha sustancia que se halla prohibida por la ley, obviamente este tipo de sucesos que realiza el cónyuge, generalmente no se van a registrar en documento alguno, no podrán ser objeto de pericla, inspección judicial, tampoco cabe la declaración juramentada, de allí que el único medio probatorio idóneo sería el testimonial, primeramente teniendo en cuenta el testimonio de la víctima (hijos o conyugue), quien más que aquellos para narrar de manera clara y precisa como sucedieron los hechos, de qué manera fueron estos o uno de sus progenitores involucrados en este tipo de actos, la declaración de estos pienso yo es un medio conducente para demostrar esta causal, pues la ley no lo prohíbe la admisibilidad de dichos testigos, no exige puntualmente otro medio para probar ni hay prohibición legal de investigarlo.

El testimonio generalmente de familiares es constantemente criticado en virtud de que se considera de que no pueden ser imparciales por tener un tipo de vínculo sanguíneo es más probable que estos con su testimonio traten de beneficiar a una de las partes alterando la verdad de los hechos; sin embargo como dice Echandía citando a Voltaire:

Me inclinaría a creer que todo hombre, sea quien fuere, puede ser admitido a declarar. La imbecilidad, el parentesco, el haber sido doméstico, la infamia misma no impiden que se hayan podido oír o ver bien; el Juez es el que debe apreciar el valor del testimonio y las tachas que se deben oponer. (223)

Esta clase de testigos se consideran sospechosos, mas no están impedidos de serlo; la parte contraria a quien cita a estos testigos, no puede impedir que declaren, pero, si prueba la causal, el juez podrá limitar o eliminar su eficacia probatoria de acuerdo a las circunstancias de cada caso, la razón de sus dichos y la personalidad, previa a una crítica científica los puede considerar indignos de credibilidad. (Echandía, 226).

En procesos laborales se pueden llamar a empleados a declarar sobre hechos que sucedieron en el lugar de trabajo, porque no en los casos civiles cuando se presenten circunstancias similares, no puede existir impedimento alguno para que se recepen los testimonios (hijos u otro familiar) ya que en ocasiones pueden ser los únicos testigos y resultaría injusto e in-jurídico negarles a priori todo merito probatorio, al juez corresponde apreciarlos de conformidad con las circunstancias de cada caso.

Más aun podrán ser testigos terceras personas que conozcan de estos hechos y que cumplan con los requisitos que exige la ley, sin duda es más probable que existan prueba testimonial que otra; en virtud de la naturaleza y gravedad de los hechos el demandado a sabiendas de las sanciones que esto le pueda acarrear realiza sus actividades ilícitas con cautela para ocultar toda evidencia y generalmente estas actitudes no las realizan frente a cualquier personas. Es menester tener en cuenta que pese a existir una sentencia condenatoria de uno de los conyugues por el cometimiento de un delito, la sentencia certificada presentada en el juicio de divorcio no prueba la causal sexta ya que está llama al actor a demostrar los actos que realizó uno de los cónyuges para involucrar al otro o a los hijos en dicho ilícito, el proceso penal llevado en su contra no juzga si este realizo o no dichos actos que involucre a su familia sino juzga el delito cometido por tal persona, más bien si la sentencia es privativa de la libertad mayor a diez años es lógico que demandemos el divorcio en base a la causal séptima y no en base a esta.

Supongamos que dentro del hogar la madre por cuestiones de trabajo tenga que estar muchas horas fuera de su casa, y quien queda a cuidado y protección de los hijos es el padre sin embargo este se dedica al micro tráfico de drogas a escondidas de su esposa, pero obliga a su hijo a que distribuya la misma, hechos que son observados por un familiar de ellos; en este caso, el testimonio de este familiar vendría a constituir la prueba fundamental que permita demostrar de manera válida y eficaz el cometimiento de dicho acto, esto es el involucramiento del menor en actos ilícitos dentro del juicio de divorcio que propone el otro cónyuge.

## **2.8 La Condena Ejecutoriada a Pena Privativa de la Libertad Mayor a 10 Años.**

El matrimonio crea, desde luego una solidaridad moral entre los cónyuges, que impone a cada uno de ellos la obligación de abstenerse de actos culpables cuya afrenta podría recaer sobre el otro. (Claro, 52) De tal manera que no se puede obligar al cónyuge inocente a permanecer al lado del otro cuando no ha cumplido tal obligación.

Así que otra de las causas que permite la disolución del vínculo matrimonial es la causal séptima del Código Civil, con una leve reforma a la misma el legislador la mantiene vigente en el Art 110 de la ley antes citada.

*La condena ejecutoriada a reclusión mayor* era una de las causales reguladas antes de la reforma al código Civil de fecha 19 de Junio; ahora la causal que se mantiene vigente es “La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a 10 años”.

Anteriormente el Código Penal regulaba en el art. 51, la clasificación de las penas, allí se encontraba regulado como pena peculiar del delito la reclusión mayor, misma que podía ser ordinaria: de cuatro a ocho años y de ocho a doce a años; extraordinaria: de doce a dieciséis años; y especial: de dieciséis a veinticinco años conforme lo establecía el artículo 53 del código Penal, de esto podemos darnos cuenta que antes la acción de divorcio podía plantarse en base a la condena de reclusión mayor sin importar los años que se lo hubiese impuesto al imputado, actualmente con la reforma al Código Penal se elimina esta clasificación, ahora el COIP regula en general pena privativa de la libertad, misma que pueden tener una duración de hasta 40 años; en el caso de nuestro análisis el art 110 del código Civil en la causal séptima establece claramente que para que proceda el divorcio esta pena privativa de la libertad deberá ser mayor a diez años.

La única diferencia de la actual causal con la anterior es que se ha establecido exclusivamente que la pena deberá ser mayor a diez años antes la reclusión mayor era desde los cuatro años hasta los veinticinco pudiendo

un delito menor de abigeato llevar a u no de los cónyuges a solicitar el divorcio.

Lovato considera, que los fundamentos de esta causal es el des concepto que la sentencia con pena privativa de la libertad encierra y la separación de los conyugues en virtud de la condena impuesta a uno de ellos; así es evidente que la acción dolosa de uno de los cónyuges en la que el otro no ha tenido complicidad suscita una situación anormal en el seno del hogar y provoca la desconsideración del medio social. (295)

Para que proceda esta causal es necesario que la conducta de uno de los cónyuges haya sido calificada jurídicamente por el Juez o Tribunal que conoció la causa, que dicho delito sea sancionado con una pena privativa de la libertad mayor a 10 años, así vemos que la vida criminosa tiene como consecuencia que el culpable y desgraciadamente con él su familia caiga en desgracia.

En este tipo de causal a diferencia de la causal sexta es necesario que haya prejudicialidad, con esto quiero decir que para demandar el divorcio por esta causa es indispensable contar con el pronunciamiento previo, oficial y definitivo es decir debe haber una sentencia ejecutoriada pronunciada por el fuero penal para poder iniciar la acción civil,

Luis Claro Solar citando a Boulay manifiesta que esta causal va a favor del esposo honrado y delicado contra el esposo culpable y manchado; querer que vivan juntos es querer reunir un cadáver a un cuerpo vivo. Tampoco se podría sin crueldad, condenar a uno de los conyugues a participar en la infamia del delincuente. (52)

### **Condiciones de la acción de divorcio por la causal séptima.**

Para que esta causal exista se requiere que se cumplan algunas condiciones:

1. Existencia de un matrimonio válido.
2. Que exista una sentencia firme.
3. Que la condena sea mayor a 10 años.
4. Que la condena sea en vigencia del matrimonio.
5. Que la acción no hay prescrito.

No podemos solicitar el divorcio si previamente no existe un matrimonio válidamente celebrado.

Es indispensable que la sentencia que se ha pronunciado en contra de uno de los cónyuges se halle ejecutoriada, esto quiere decir que ha quedado en firme, y que por lo tanto ya no se admite ningún tipo de recurso; de tal manera que si un fallo se encontrare pendiente por haberse interpuesto el recurso de apelación u otro, no cabe la causal, puesto que no existe condena alguna y la presunción de inocencia esta firme; así también si se solicitó la nulidad o haya sido perdonado por indulto, no dará derecho al otro conyugue para plantear la acción de divorcio en base a esta causal.

La ley establece que para que proceda el divorcio la pena de privación de la libertad debe ser mayor a 10 años y no desde los cuatro años, en virtud de la pena de reclusión mayor conforme lo establecía el art 110 del código Civil antes de la reforma, este cambio es totalmente acertado, pues considero que al tener en cuenta la duración de la pena (mayor a 10 años) y no el tipo de delito, permite que el matrimonio no se disuelva por delitos sancionados con penas inferiores como lo era antes; así también esta nueva causal responde a los derechos consagrados en la norma suprema en lo que respecta a la familia, por ejemplo en el artículo 67 y siguientes se impone al estado la obligación de reconocer y garantizar a la familia en sus diversos tipos.

En cuanto a la condición cuarta, esto es respecto a la vigencia de la condena durante el matrimonio, para que sea aplicada esta causal es

necesario la existencia de una condena, pues de lo contrario no se podría aplicar para dar por terminado el vínculo matrimonial.

La acción de divorcio por la causal séptima prescribe en un año contados desde que la sentencia se encuentra ejecutoriada, posterior al año el cónyuge inocente no podrá solicitar la disolución del vínculo matrimonial sino en virtud de otra causal o de mutuo consentimiento.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a 10 años.”**

Este tipo de causal indirectamente nos da la pauta para establecer el medio idóneo, valido y eficaz para probar la misma, sin duda la prueba documental es concluyente para llevarle al Juez o Jueza los elementos de convicción necesarios para que pueda proveer favorablemente, esta llamada, la reina de las pruebas excluye rotundamente a los otros medios probatorios más aún si nos referimos al testimonial.

Respecto de la prueba testimonial en este caso carece de validez y eficacia para probar el hecho que solicita dicha causal, ¿cómo pretender demostrar con testigos un hecho que amerita documento público?, la sentencia sin duda es un medio escriturado admitido por la ley para justificar o demostrar este hecho, de tal manera que se aplicaría el criterio de que *escritos vencen a testigos*.

En virtud del juicio previo que se sigue en contra de una persona se determinará si esta es o no culpable, en caso de serlo la sentencia emitida por la autoridad competente y posteriormente ejecutoriada dará fe de tal hecho, así dicho documento certificado por la autoridad respectiva introducido en el juicio de divorcio será una prueba plena, única y suficiente acreditando la veracidad del hecho controvertido.

La sentencia ejecutoriada que queremos hacer valer como prueba en el juicio de Divorcio tiene la característica de ser una prueba plena, completa o perfecta; cumplidos con los requisitos de fondo y de forma que la ley exige le dota de un alto valor probatorio, pues es una prueba pre constituida que

goza de la presunción de autenticidad como consecuencia de la fe pública que la ley le ha otorgado, al presentarse en el juicio oportunamente con orden judicial y notificación a la parte contraria constituirá prueba legalmente actuada, es decir gozará de valor probatorio suficiente mientras no se pruebe lo contrario o sea impugnado; hace fe probatoria por si misma sin necesidad de la concurrencia de otra prueba (testimonial).

Es importante tener en cuenta que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba cuando la ley requiere esa solemnidad esto conforme el artículo 1718 del Código Civil, por lo tanto, si bien es cierto la causal séptima no es expresa, pero se sobreentiende que resulta necesario obtener la sentencia ejecutoriada debidamente certificada para que pueda ser utilizada como prueba dentro del juicio de divorcio, de allí que esta no podrá ser remplazada por otro tipo de medio probatorio.

Algunos tratadistas como es el caso de Claro Solar consideran que la condena debe ser posterior a la celebración del matrimonio aun que el hecho que lo motivo pueda ser anterior o posterior a ella. (54)

¿Qué pasaría si la sentencia se hubiere dado antes del matrimonio? Puede darse el caso de que uno de los cónyuges haya sido sentenciado, y posteriormente contrajo matrimonio; ¿podría el conyugue inocente plantear el juicio de divorcio en base a esta causal?; considero que en gran parte va a depender, de que si el cónyuge inocente tuvo o no conocimiento de aquello, pues si sabía que contrae matrimonio con un prófugo de la justicia o ya en la cárcel sería ilógico que esta pretenda solicitar la disolución del vínculo matrimonial amparándose en esta causal; por lo que comparto el criterio de algunos tratadistas al considerar que no se considera ofendido al cónyuge que conocía de la conducta criminal de su consorte; mas pienso que distinto sería si este ignora de dicha condena, con razón podría solicitar el divorcio.

La ley nada ha establecido en caso de darse aquello, pues el texto de la causal manifiesta únicamente que para que procesada el divorcio es necesario *“La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años”* nada dice respecto de si está procede solo si fue dada antes o

después del matrimonio, tampoco se refiere al caso en el que el conyugue tuviera conocimiento de dicha condena y pese a ello se casó; así que si esta condena se encontrará vigente durante el matrimonio y no se hallare prescrita, dejaría la puerta abierta para que en estos casos se pueda solicitar el divorcio, mas dependerá del juez conocedor de la causa analizar y tener en cuenta estas circunstancias para poder dar o no lugar a lo solicitado en la demanda.

¿Qué pasaría en caso de amnistía o indulto? Puede darse el caso de que el cónyuge condenado reciba antes de que prescriba la acción de divorcio el indulto o amnistía, dependiendo el caso ¿Podrá el cónyuge inocente demandar el divorcio, o en caso de haber iniciado la acción continuar con ella?; si bien la ley tampoco hace referencia a aquello de manera explícita, considero que se sobreentiende que el cónyuge inocente no podría iniciar ni continuar con dicho juicio, ya que al extinguirse la condena desaparecería el presupuesto de esta causal; pues una de las condiciones, es que exista vigencia de la condena y si esta desaparece por lo antes mencionado no cabría el divorcio.

## **2.9 El que uno de los cónyuges sea Ebrio Consuetudinario o Toxicómano.**

Esta es una de las causas de divorcio llamadas eugenésicas; el ebrio consuetudinario o el toxicómano son individuos que no pueden valerse por sí mismos siendo un peligro para la familia y la prole, de allí que, esta causa es conveniente, necesaria, beneficiosa no solo para esta, sino en general para la sociedad. (Lovato, 293)

Conforme el Diccionario de la Lengua Española, ebrio: dicho de una persona embriagada por la bebida, (581) y consuetudinario: que es de costumbre (428); de tal manera que esta causal hace referencia a aquel cónyuge que de manera habitual injiere alcohol.



El alcohol es una bebida conocida desde la antigüedad y aparece difundido entre todos los pueblos de la tierra, que desde los albores de la humanidad aprendieron a preparar una amplia gama de bebidas partiendo de la fermentación de sustancias azucaradas; el abuso crónico de esta sustancia trae como consecuencia una serie de enfermedades al organismo (hígado graso, cirrosis) incluso de tipo psiquiátrico como el delirium trémens (locura).

El legislador ha tenido en cuenta como causal de divorcio, que uno de los conyugues sea ebrio consuetudinario, en virtud de que representa un peligro para su pareja, ya que tiende a tener trastornos de personalidad hasta el punto de convertirse en una vulgar criatura de lo que fue, perdiéndose los elementos más nobles de aquella, llegando al vagabundeo y la pequeña delincuencia; así también, se da perturbación de las relaciones afectivas normales y debilitamiento cada vez mayor de la voluntad, pérdida progresiva de la memoria, de la atención y de las facultades críticas; empobrecimiento que llevan a una conducta irregular con fáciles saltos de humor, susceptibilidad exagerada, fáciles explosiones de violencia, descuido de la persona, abandono de las obligaciones familiares, de amistad y de trabajo; disminuyendo hasta su anulación de toda capacidad activa y de toda productividad social.

Ahora bien, esta causal no solo habla del ebrio consuetudinario, sino también, es causa de disolución del vínculo matrimonial, que uno de los cónyuges sea toxicómano; nuevamente me remito al diccionario de la lengua española para entender dicha palabra

Toxicómano: dicho de una persona que padece toxicomanía”; y toxicomanía no es más que “el hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor”. (1496)

Así una persona toxicómana tiene la gran necesidad de ingerir fármacos (estupefacientes) o drogas de origen natural o sintético; las toxicomanías más conocidas y frecuentes son: la cocainomanía, la heroínómana, la opiomanía, el canabismo y aun el alcoholismo.

Este tipo de adicciones no solo representa un estado patológico del individuo sino un perjuicio y peligro social, para cuya recuperación es menester el internamiento del sujeto en clínicas especializadas con un personal adecuado que ayude a sobresalir de dicha adicción.

Esta causal se fundamenta, porque se hace imposible la convivencia entre los consortes, debido a la conducta, indisciplina y en muchos de los casos, malos tratos que tiene que soportar el otro conyugue y los hijos.

### **Condiciones de la acción de divorcio por la causal octava.**

Es menester cumplir con las siguientes condiciones para que proceda esta causal:

1. Existencia de un matrimonio valido.
2. La conducta alcohólica o el consumo de drogas debe ser habitual.
3. Que la acción no haya prescrito.

Procede previa la existencia del contrato matrimonial debidamente celebrado.

Para considerar a una persona ebrio consuetudinario o toxicómano, la ingesta de alcohol, fármacos o droga según el caso debe ser habitual, que el sujeto ha adquirido dependencia tal a dichas sustancia o bebida, que a cualquier medio la consigue, destruyendo paulatinamente su organismo y el ambiente familiar, de tal manera, su conducta debe ser reiterada para que proceda la acción de divorcio; un hecho aislado no constituirá causal de divorcio en virtud de que en nada afecta a la relación de familia ni perjudica a la prole, como es el caso de los bebedores sociales, aquellos únicamente injieren alcohol en reuniones sociales sin limitarse, con el afán de sentirse alegres y divertirse.

Sin duda la vida de una persona sometida al alcoholismo o drogas está llena de escándalos e incidentes con los cuales va arrastrando a su familia, como decíamos en párrafos anteriores las consecuencias son

graves, tanto mental como física; la personalidad del individuo sin duda se ve alterada convirtiéndose en una persona agresiva, llegando al maltrato físico y psicológico de su cónyuge e hijos, a los escándalos por celos, a despreocuparse por el cuidado y alimentación de su familia; estos y otros hechos que se den a consecuencia de determinados vicios destruye la paz y tranquilidad conyugal por ello, la embriagues y toxicomanía son causa de divorcio.

El artículo 16 de la Ley Reformatoria al Código Civil hace referencia al tiempo en el que prescribe la acción de divorcio, un año, determinando ciertas circunstancias en cada causal; sin embargo de la revisión de dicho artículo he podido darme cuenta que nada dice respecto de la causal octava, habiendo el legislador dejado un vacío legal, pues ha omitido en este artículo la regulación respecto de la prescripción de la causal octava y novena.

*Artículo 16.-Sustitúyase el artículo 124 con el siguiente:*

Art. 124.-La acción de divorcio por las causales previstas en el artículo 110 prescribe en el plazo de un año, de la siguiente manera:

1. En las causales uno, cinco y seis, contado desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate.
2. En las causales dos, tres y cuatro, contado desde que se realizó el hecho.
3. En la causal siete, contado desde que se ejecutorió la sentencia respectiva.

En virtud de que el mencionado artículo no hace referencia a la prescripción de esta causal, podríamos decir que la misma no prescribe; pero en este caso, considero que la causal se extingue por la desaparición de la conducta alcohólica o toxicómana del cónyuge infractor.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “el que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.”**

Desde un punto de vista lógico el medio idóneo para probar dicha causal es pericial, es menester solicitarle al juez designe un perito médico para que valore al demandado, este deberá proceder a posesionarse para poder posteriormente proceder a elaborar su informe en el que determinara si o no el demandado es ebrio consuetudinario o toxicómano.

La prueba pericial en este caso sería una prueba plena para dotar al juez de suficientes elementos de convicción en este tipo de proceso, pues el perito con sus conocimientos especializados y técnicos ayudara al juez a tener una idea más clara de los hechos para que pueda proveer de la mejor manera; el perito está llamado a realizar un análisis diligente y riguroso de los hechos que merecen una explicación consistente, cuyo estudio deberá ser plasmado en un documento, conteniendo los métodos y técnicas utilizados para el análisis del problema, una exposición razonada y coherente, las conclusiones y la fecha y firma, a este documento se le llama informe pericial.

En caso de que el demandado concurra y preste las facilidades al perito este emitirá su informe pericial que bastara para probar esta causal si el mismo es favorable, pero si es que el demandado se niega a realizarse dicha pericia careceremos de dicha prueba, de allí que podremos recurrir a la documental tales como certificados médicos de instituciones en donde el alcohólico o toxicómano se haya internado para recibir ayuda en afán de su rehabilitación y por qué no recurrir a la testimonial.

Sin duda podríamos aportar prueba testimonial concurrente o complementaria para poder llevarle al juez el convencimiento de que el cónyuge demandado es ebrio consuetudinario o toxicómano de acuerdo a lo planteado en libelo de la demanda, ya sea de manera complementaria con otro medio probatorio o puede que sea el único con el que contemos en virtud de la negativa de realizarse el demandado la pericia, por carecer de prueba documental ya que en muchos de los casos estos tipos de

adicciones no son tratadas por especialista en virtud de su situación económica.

Si bien la prueba pericial es la más idónea para probar esta causal, no puedo de dejar de mencionar que la testimonial en ciertos casos puede ayudarnos a aportar en el juicio elementos de convicción como medio complementario a la pericial o en virtud de carecer de este, ser el único medio para tratar de probar que el demandado a incurrido en la causal.

## **2.10 El Abandono Injustificado de cualquiera de los conyuges por más de Seis Meses Ininterrumpidos.**

El Abandono injustificado del hogar está regulado en muchos países y sancionado ya sea civil o penalmente; así por ejemplo en Francia se sanciona con una multa, en España con prisión; en el plano civil, lo más común es que se sancione con pérdida del derecho de alimentos, de gananciales de herencia, y la posibilidad de revocar las donaciones hechas, algunas de estas disposiciones existen en nuestro país. (Holguín, 94)

Hernán Bravo citando a Escriche nos dice que abandono es: “dejación o desamparo que uno hace, sea de la persona a quien debía cuidarlo, sea de una cosa que le pertenece, sea de una acción que había entablado en justicia”. (97)

En nuestro país esta causal ha sufrido muchas reformas, considerando lo manifestado por Juan Larrea Holguín, hare una breve referencia al tema:

Desde 1961 hasta la reforma de 1989, la separación ilegal de más de tres años podía servir como causa de divorcio pudiendo demandar el conyugue no culpable de dicha separación; también podía servir para demandar la separación conyugal judicialmente autorizada, pero este abandono ilegal que ha servido para demandar la separación conyugal no puede alegarse, para demandar el divorcio, sino que procedería por nuevas causas que surgieran en el estado de separación judicialmente autorizada, derecho que lo podía ejercer únicamente el conyugue inocente hasta 1967, año en el que se estableció que podían pedir el divorcio cualquiera de los dos cónyuges, una vez que hayan pasado diez años de la separación, a más de ello era necesario

probar la total ruptura de toda clase de relaciones conyugales y no solo sexuales.

Desde 1989 ya no hay la figura jurídica de la separación judicialmente autorizada; con la Ley 43 se reducen estos plazos al brevísimo de un año considerando que atenta a la estabilidad de los hogares, y más grave, se la considero de que ya no se habla de *total separación de los cónyuges con ruptura de las relaciones conyugales* sino simplemente de *abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año interrumpidamente*, de tal manera que podía proceder el divorcio cuando exista abandono aunque se mantengan algunas relaciones entre los cónyuges; al respecto de aquello sostiene el autor que, la facilidad del divorcio llega al colmo de lo imaginable y que la injusticia de la ley es extrema al disponer que puede demandar a cabo de tres años de abandono el mismo cónyuge que abandono el hogar, concediéndole una acción judicial a quien ha actuado injustificadamente. (96)

Así se seguía manteniendo en el artículo 110 del código civil numeral 11 hasta la Reforma al código Civil de fecha 19 de Junio del presente año, publicada en el registro oficial número 526 cuyo artículo 11 manifiesta que se sustituye el art 110 por la siguiente:

*Artículo. 110.- son causas de divorcio: [...]*

9.- El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses interrumpidamente.

Con esta reforma el plazo para demandar el divorcio por abandono es más corto de lo que se mantenía en vigencia anteriormente; pues se requiere ahora seis meses y no un año interrumpidos de abandono; a más de ello, se eliminó el inciso 2,3 y 4 de la causal 11va, estos eran:

Inciso segundo eliminado *“sin embargo, si el abandono al que se refiere el inciso anterior hubiere durado más de tres años el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los conyugues.”*. Este inciso permitía que el cónyuge infractor pueda también después de tres años solicitar el divorcio, actualmente ¿podrán ambos cónyuges plantear la acción de divorcio?; considero lógico y acertado que el único que podría solicitar el divorcio es aquel que se creyera perjudicado por esta causa, pues nadie

puede beneficiarse de su propia culpa; sin embargo el texto de esta causal nos puede llevar a otra interpretación; así pensaríamos que transcurridos los seis meses de abandono injustificado podrán solicitar el divorcio cualesquiera de los dos, ya que la norma nada dice respecto de aquello, el texto de la misma no prohíbe al cónyuge infractor plantear dicha acción, más bien nos da a entender que permite que cualquiera de los dos una vez que haya transcurrido este tiempo de abandono, podrían solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

Inciso tercero eliminado “en lo que fuere aplicable, las causa previstas en este artículo serán apreciadas y calificadas por el juez teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse”.

Inciso cuarto eliminado “el divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más causales, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11 de este artículo”; pese a la eliminación de este inciso deberemos tener en cuenta que el divorcio contencioso únicamente puede ser declarado por el juez competente en sentencia, misma que transcurrido tres días y de no haberse presentado recurso alguno quedara ejecutoriada y en tal virtud se podrá solicitar las respectivas copias para inscribir en el Registro Civil, esta acción únicamente la ejercerá el cónyuge perjudicado sin distinción de causal alguna.

El fundamento de esta causal, considero es, porque el abandono o separación comporta el incumplimiento no solo del deber de vivir juntos o cohabitar dentro de una misma casa, sino los demás establecidos en los artículos 136 y 138 del código civil, estos son el de guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente, de tal manera que rompen todo tipo de relaciones maritales propias del matrimonio.

### **Condiciones de la acción de divorcio por la causal novena.**

Para que proceda esta causa de divorcio debemos cumplir con las siguientes condiciones:

1. Existencia de un matrimonio valido.
2. Abandono injustificado
3. Abandono de seis meses ininterrumpidos
4. Que la acción no se halle prescrita.

Como lo hemos venido manifestando el matrimonio es un contrato y por tal motivo para que este sea válido es necesario que cumpla con requisitos de forma y de fondo a fin de que este no sea declarado nulo.

El abandono injustificado presupone la separación de los cónyuges con ruptura total de las relaciones maritales y sociales propias del matrimonio; sin duda el otro que sufre la separación ostentara la calidad de conyugue perjudicado y por lo tanto podrá demandar el divorcio siempre que se cumpla el tiempo que exige la ley para proponer esta acción. La causal novena del Art. 110 del Código Civil se refiere como queda dicho al abandono injustificado realizado con voluntad, atendiéndose en este caso el abandono como el alejamiento en este caso físico de uno de los cónyuges del hogar, es decir se aleja la figura de esposo, pero en la mayoría de los casos no la de padre o madre respecto de los hijos, el que abandona tiene la intención de inobservar los deberes de cohabitación y asistencia legalmente impuestos para con el otro cónyuge.

*El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año*, es una disposición vigente desde el 18 de agosto de 1989, fecha de la publicación de la Ley número 43 Reformatoria del Código Civil publicada en el Registro Oficial Numero 256, misma que sustituyó a la siguiente: *La separación de los cónyuges con inexistencia de relaciones conyugales, por más de un año ininterrumpidamente*; al respecto, se observa lo siguiente: Si bien la reforma, en principio, sustituye la palabra 'separación' por el vocablo 'abandono' la disposición reformada establecía como causa para el divorcio



la separación de los cónyuges con inexistencia de las relaciones conyugales, mientras que la norma vigente no incluye esta condición, sin duda, porque considera que el abandono, siempre que sea voluntario e injustificado admite la separación con inexistencia de relaciones conyugales y comprende dentro de él todo lo que abarcaría la separación, actualmente la ley reformativa del código Civil de fecha 19 de Junio sigue mantiene este vocablo.

La doctrina como la jurisprudencia admiten como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal y en definitiva por la desaparición de la 'affectio conyugal' o 'affectio maritalis', principio básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación matrimonial, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales, de allí que no se puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, siendo la mera presentación de la demanda de divorcio indicativa de ese contrario deseo; por otra parte la presentación de esta demanda por abandono pone de manifiesto la ruptura de la 'affectio maritalis', fundamento del matrimonio y sin la que éste carece de sentido, además tendremos en cuenta que como el abandono injustificado, es el que depende solamente de la decisión personal de uno de los cónyuges, cuando éste se produce, quien puede demandar el divorcio es el cónyuge abandonado. (Resolución No. 126-2003, Tercera Sala, R.O. 155, 26-VIII-2003)

A más de la ruptura de relaciones maritales y sociales propias del matrimonio la ley exige que éstas sean de manera ininterrumpida por más de seis meses, si dicho tiempo no se cumple el cónyuge abandonado no podrá ejercer la acción de divorcio en base a esta causal en virtud de no cumplir con dicha condición, pues es necesario probar el hecho material de la falta de convivencia con carácter de permanencia, perdurabilidad y sin interrupción, por más de seis meses; la reconciliación de los cónyuges extingue la acción de divorcio ya que rompe la continuidad por la vuelta al hogar común de ambos cónyuges, sin embargo si volvieren a separarse podrá deducirse el divorcio por causa de esta nueva separación, siempre

que reúna la exigencia que hace la ley “ *abandono injustificado por uno de los cónyuges por más de seis meses*”.

Con la Ley reformativa al Código Civil en su artículo 11 numeral 9 se ha establecido que el abandono de cualquiera de los dos cónyuges debe ser de más de seis meses ininterrumpidos para que se pueda proponer la acción de divorcio, considero acertada esta causal con la realidad del país como de las familias, pues si uno de los cónyuges ha tomado la decisión de abandonar el hogar y consecuentemente a su esposa descuidando las obligaciones propias del matrimonio no sería justo que se amplié el tiempo de este abandono a un año y tres años para que pueda disolverse dicho vínculo.

La acción de divorcio por la causal novena no prescribe, así se podrá ejercer la acción de divorcio una vez haya transcurridos los seis meses que exige la ley; por la naturaleza de la acción no podríamos hablar de un plazo para su prescripción, pero si podemos hablar de que si el hecho (abandono) al que da lugar la acción de divorcio desaparece por algún motivo (reconciliación) esta desaparece.

### **Análisis de la prueba testimonial en la causal “El abandono injustificado de cualesquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos.”**

La mayoría de los procesos de divorcio son planteados sustentándose legalmente en la causal novena, es decir presentan su demanda en base al cese efectivo de la convivencia (abandono) una vez que ha transcurrido el periodo de tiempo establecidos por la ley, el fundamento de esta causal decíamos que no está únicamente en el abandono físico de uno de los cónyuges, porque bien puede pasar que ellos se encuentren domiciliados en un lugar diferente por motivo de trabajo, estudios u otro, pero el vínculo de pareja no se ha roto; es necesario que se extinga todo tipo de relación marital entre los consortes para que proceda el divorcio, ya que el abandono como lo hemos manifestado anteriormente implica una actitud negativa en el cumplimiento de los deberes matrimoniales.

La prueba que se utiliza para demostrar esta causal fundamentalmente es la testimonial, esta ha sido la base probatoria diría yo de todos los procesos que se han iniciado en las Unidades de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia por esta causa, sin duda este medio probatorio es válido y eficaz para demostrar el hecho del abandono injustificado por cualesquiera de los cónyuges por más de síes meses; por la naturaleza de este hecho ha bastado el testimonio para demostrar esta causal, sin embargo no por ello podemos dejar de prescindir de otros medios probatorios que puedan ser complementarias a la testimonial, y digo complementarias ya que por sí solas no tendrían fuerza probatoria para demostrar la causal, por ejemplo una de ellas es la documental en los casos de que uno de los cónyuges viva fuera del país por algunos años se podría presentar un certificado de movimientos migratorios con el fin de dotarle al juez elementos de convicción que le hagan presumir que esta persona tiene su residencia legal en otro país.

De algunos procesos de divorcio que he revisados todos han actuado prueba testimonial, misma que ha bastado para dotar al juez de suficientes elementos de convicción y este declarare disuelto el vínculo matrimonial; así por ejemplo de la sentencia emitida en el proceso número 14577-2014 el actor en su obligación de demostrar los hechos que afirmativamente a propuesto en el juicio, presenta como prueba una copia certificada de un juicio de divorcio presentado por la demandada un año atrás la que por sí sola no es concluyente para demostrar dicha causal, de allí que también aporta la prueba de tres testigos, si bien uno de ellos no es considerado por el juez por no aportar con información de calidad ya que sus respuestas al interrogatorio indican que es verdad a los hechos preguntados sin ningún respaldo o apoyo de los mismos, a excepción de esta declaración el juez de la causa ha considerado que los otros dos testigos con sus narraciones demuestran que el accionante se encuentra separado de su cónyuge por más de tres años, que conocen a las partes por muchos años y son vecinos del lugar en donde vivían, por tanto les consta los hechos alegados por el actor, así dicha separación obedece al abandono

injustificado del accionante, de igual manera han manifestado y han dado a conocer que durante todo el tiempo de separación ha existido una total ruptura de las relaciones maritales y sociales propias del matrimonio de forma ininterrumpida por más de tres años; así, de acuerdo a lo manifestado el actuar del accionante se ha encasillado en lo que la ley exige en esta causal, por tales antecedentes el juez en dicha sentencia declara con lugar la demanda y en tal virtud disuelto el vínculo matrimonial por divorcio.

Sin duda, pese a existir prueba documental en este caso, ha sido la testimonial la base para demostrar esta causal pues con ella se ha demostrado los dos presupuestos que es: el abandono y el tiempo de separación; mientras que la documental que se ha actuado en este juicio no tuvo mayor connotación en la decisión del juez, ha sido complementaria a la testimonial y si esta no hubiera sido presentada en el proceso no hubiere cambiado la decisión del juez ya que la testimonial jugó un rol fundamental y decisivo en el caso que menciono.

Otras de las pruebas que se han aportado como complemento de la testimonial ha sido la Confesión Judicial, pese a que el cónyuge demandado acepte el cometimiento de esta causa, no sería suficiente para que el Juez de lugar a la demanda ya que el actor está llamado a demostrar sus afirmaciones constantes en el libelo de la misma, recordemos que habías dicho que la confesión se asimila al allanamiento, mismo que de existir, no le exime al actor demostrar la causal.

La práctica de otro tipo de pruebas no se encuentra limitada para ninguna de las partes, de allí que ellas pueden hacer uso de todos los mecanismos que la ley les otorga para el efecto; pero si, se pretende hacer valer a estas aisladas a la prueba testimonial, probablemente adolecerán de eficacia probatoria, es así que han existido casos en los que se ha solicitado la Inspección Judicial para demostrar el abandono; en unos casos, como complementaria a la testimonial y en otros, como prueba principal, siendo en el primer caso considerada como un aporte a lo sustentado por la declaración de los testigos, dando como resultado una sentencia favorable,

pero en el segundo caso, al pretender tomar a la Inspección Judicial como principal y único medio probatorio ha tenido como consecuencia el rechazo de la pretensión por parte del Juez.

Es indispensable que la narración de los testigos sea clara, precisa, concordante fluida y se refieran únicamente al hecho al que han sido llamados a declarar, así también es muy importante dar sustento a sus afirmaciones, es decir debe dar la razón de sus dichos para que el juez pueda cerciorarse que efectivamente el testigo tomo conocimiento de los hechos, señalando las circunstancias en las que lo presencio o la forma en la que llegaron a su conocimiento, aquellos que no dan razón de sus dichos carecerán de credibilidad.

Los testigos deben ser terceras personas extrañas al proceso y para que estos sean idóneos se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad, pero no obstante hay que tener en cuenta que el Juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad, queda a criterio del Juez apreciar la prueba testimonial conforme a las reglas de la sana crítica, según lo dispone el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, el análisis realizado de la prueba testimonial dentro de la causal por *“Abandono injustificado por cualquiera de los cónyuges por más de seis meses”*, me ha llevado a la conclusión de que, en primer lugar, para que sea considerada idónea esta prueba, es necesario que cumpla con los requisitos de validez y eficacia establecidos por la ley, y de esta manera podrá constituir el único medio capaz para probar dicha causal, pudiendo también ser enriquecida o complementada con la inspección judicial, documental u otros, sin que la presentación o no de los mismos, quite el valor que tiene el testimonio dentro de esta causal.

## CAPITULO III

### 3.1 Jurisprudencia al Respecto.

He considerado necesario analizar cinco casos (fallos de tercera instancia) respecto del Juicio de divorcio causal y el valor de la prueba testimonial que ha tenido esta en el mismo, de allí que me remitiré a diferentes fallos emitidos por la antes Sala Superior actualmente Corte Suprema de justicia.

***1. Fallo emitido por la cuarta sala de la Corte Suprema dentro de un juicio de Divorcio Causal POR SEPARACION DE MAS DE CUATRO AÑOS, en fecha 13 de septiembre de 1982. (Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. Pág. 139.)***

Jorge Manuel Orellana demanda el divorcio a María Esther Alejandrina Cárdenas amparada en la numeral 2 de la causal 11 del art 110, el actor ha aportado prueba testimonial con la que ha justificado la separación con su cónyuge por más de cuatro años, pues los testimonios han sido concordantes, claros y precisos lo que ha llevado al juez a tener la convicción de que se ha incurrido en la causal, así también lo considero los jueces de la Corte Suprema de Justicia quienes ratificaron la sentencia confirmada por la Corte Superior.

El divorcio amparado en la causal novena actualmente del artículo 110 del código Civil es la más recurrida, por cualquiera de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial; de esta resolución he podido darme cuenta de muchos aspectos importantes, pero hare solamente referencia a aquellos que interesan a esta monografía y que los he venido manifestado en el segundo capítulo en cada una de las causales analizadas.

Con la presentación de la demanda de divorcio se adjuntara partida de matrimonio con la cual justificamos el vínculo que existe entre el actor y la demandada, mismo que se solicita sea disuelto en virtud de la existencia previa del matrimonio válidamente celebrado; este requisito es presupuesto

indispensable para que proceda el divorcio independientemente de la o las causales que se invoquen. (Tener en cuenta otros requisitos como partida de nacimiento de los hijos en caso de haberlos).

Que una vez presentada la demanda y trabada la Litis, en la etapa probatoria a quien corresponde demostrar lo alegado en la misma es al actor, es decir indicar de forma clara, precisa y concordante que el demandado o demandada ha incurrido en la causal que sustentemos en el libelo de la demanda, para ello se recurre a los medios probatorios permitidos por la ley, así en este caso se presenta el testimonial, documental y confesión judicial; también la otra parte tiene la obligación de demostrar sus afirmaciones si las hubiere al contestar la demanda.

La prueba debe ser debidamente solicitada, ordenada y actuada, caso contrario carecerá de validez dentro del proceso.

En lo que respecta a la prueba, se ha utilizado dentro de este proceso una documental mismo que es el pasaporte del actor, con lo cual se justifica el hecho que aquel se encontraba fuera del país, mas no considero que este medio demuestre la total ruptura de las relaciones conyugales; la confesión Judicial de la parte demandada confirma el hecho de que su esposo se encontraba radicado en otro país, mas no que haya dejado de tener vínculo con el mismo; dentro de este proceso considero que la prueba testimonial aportada fue fundamental para llevar certeza al Juez conocedor de la causa respecto de la ruptura de toda relación marital y social con su conyugue, pues los testigos han sabido manifestar que *las veces que el actor se ha encontrado en el país específicamente en Cuenca donde tenía constituido su hogar este no se alojaba en el mismo con su esposa*, lo que da a notar la separación de aquellos, no existiendo ningún tipo de acercamiento que se presuma que en dicho lapso de cuatro años se hayan reanudado; se hace presumir la ausencia de relaciones maritales y sociales propias del matrimonio. Considero que la decisión del juez de primera instancia, segunda y de los jueces de la Sala que ratificaron la sentencia dando con lugar la demanda se basó en la prueba testimonial aportada, pues fue

aquella la que los llevo a entender con más claridad y tener la certeza como en verdad sucedieron los hechos, para mi criterio las otras pruebas fueron complementarias a la antes referida.

***2. Dentro de un juicio de Divorcio por Adulterio, publicado en la gaceta judicial Año LXXVIII. Serie XIII. No. 2. Pág. 367.***

Dentro del presente proceso el señor Luis Yáñez plante el divorcio en contra de su esposa Blanca Lidia Quispilema por la causal de adulterio; dentro de las pruebas que presenta es la documental y testimonial. A través de la última prueba presenta dos testigos quienes dan fe respecto a las relaciones sexuales que mantenía la demandada con personas ajenas a su cónyuge, mismas que han sido consideradas por la sala como pruebas que permiten determinar presunciones, graves, precisas y concordantes y por reunir los requisitos del art. 1756 actualmente regulado en el art 1729 del código Civil tienen el valor de prueba plena, pese a que uno de los testimonios es referencial.

Dada la naturaleza de esta causal solo puede estar sujeta a prueba conjetural, misma que en este caso ha sido apreciada por el juez puesto que confirma la sentencia venida en grado. Es menester tener en cuenta que pese a que existe otras pruebas como la documental esto es una sentencia en la declara que el actor no es padre del menor, es necesario recurrir a otra medio como la testimonial que permite llegar a pruebas inobjetables respecto de la existencia del adulterio puesto que puede darse el caso de que la demandada pudo haber sido violada y consecuentemente haber procreado un hijo lo cual no significa que este hecho no constituye adulterio por lo que no procedería el divorcio por adulterio; de allí los dos testimonios aportados en este proceso llevan a la certeza de que la demandada cometió adulterio pues han sido contestes respecto de que la demandada mantenía relaciones sexuales con otras personas.



3. ***Dentro del juicio de Divorcio por Actitud Hostil (hecho que actualmente se enmarca dentro de la causal número tercera del artículo 110), publicado en la gaceta judicial Año CIII. Serie XVII. No. 8. Pág. 2366.***

Dentro del presente proceso William López plantea la demanda de divorcio por la causal de Actitud hostil a su cónyuge María Vásquez, misma que es declarada improcedente en virtud de que la prueba aportada no permitió demostrar la actitud hostil y como consecuencia la falta de armonía entre los cónyuges, sino más bien los testimonios hacen referencia a la separación de los cónyuges.

En base a lo antes mencionado podemos decir que la prueba testimonial utilizada en esta causa no pudo evidenciar la actitud hostil entre las partes, la manifestación de ciertas circunstancias accesorias manifestadas no están relacionadas con lo manifestado por el actor por lo que no llegan a la certeza del juez respecto de la actitud hostil existente entre los cónyuges. Hay que tener presente que la prueba que aportemos en un juicio debe ir conforme a la causal a la que nos estemos refiriéndonos, en este caso los testimonios se refieren a la separación de los cónyuges más que a la causal establecida en el libelo de la demanda materia de la Litis. Es menester dejar claro que la prueba testimonial resulta eficaz siempre y cuando se la direcciona dentro de la causal que pretendamos demostrar; lo que quiero decir es que debe existir pertinencia del hecho objeto del testimonio; así en este caso los hechos que narran los testigos no tienen relación directa ni indirecta con los hechos investigados por lo tanto no podemos pretender que los mismos puedan producir efectos probatorios en este proceso.

4. ***Dentro del juicio de Divorcio por Injurias Graves (hecho que actualmente se enmarca dentro de la causal número tercera del artículo 110), publicado en la gaceta judicial Año LXXXI. Serie XIII. No. 7. Pág. 1556.***

Ángel Charco demanda el divorcio a Aurora Carbajal en base a la causal injurias Graves que manifiestan un estado habitual de falta de armonía entre aquellos, demanda que se halla declarada en primera y segunda instancia con lugar la demanda pero los jueces que conocen el recurso de tercera instancia declaran sin lugar la demanda.

La prueba aportada por el actor es la testimonial, mismas que no cumple con lo que lo que la Excma. Corte Suprema de Justicia en reiterados casos ha manifestado, esto es que las injurias deben ser referidas con precisión de lugar y tiempo así mismo que deben ser reiteradas para que consecuentemente se dé una falta de armonía entre las dos voluntades; en caso de que los testigos no puedan referir tal situación como se dio en este caso el juez no podrá declarar con lugar la demanda, los testigos hacen relación a otras circunstancias como el adulterio de la demandada asunto que nada tiene que ver con la Litis, de allí que es menester tener en cuenta el art 116 del código de Procedimiento Civil “ Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”; de allí que para declarar sin lugar la demanda han considerado que la prueba testimonial aportada en juicio es inadmisibles para justificar los elementos de la acción.

**5. Juicio de divorcio por *Abandono más de tres años* publicado en la gaceta Judicial Año XXXVIII. Serie V. Nro. 165. Pág. 4109.**

Jorge Humberto Endara demandó el divorcio a su mujer Carmela González Barreto fundándose en la separación por más de tres años con ruptura de relaciones conyugales, y "en la actitud hostil y despectiva y por consiguiente la falta de armonía continua con su mujer"; la sentencia recurrida es declarada sin lugar.

Nuevamente en este proceso la prueba aportada es la testimonial, el actor presenta cuatro testigos de los cuales todos son rechazados, el uno por manifestar no constarle los hechos preguntados por el actor; otro por

responder de forma indeterminada, “cree que la separación es más de tres años” y los otros dos si bien contestan de modo afirmativo que el actor se encuentra separado más de tres años de su cónyuge, los jueces consideran que al revisar el proceso estos no dan razón de sus dichos; cuán importante es que los testigos que se presentan en juicio conozcan de los hechos, caso contrario incurrirían en perjurio, lo que les acarrearía una sanción penal, sin importar si se trata de testigos in facto o referenciales estos deberán dar las razones de sus dichos; recordemos que para que el testimonio sea eficaz, es menester cumpla con este requisito; en relación a este tema Echandía manifiesta:

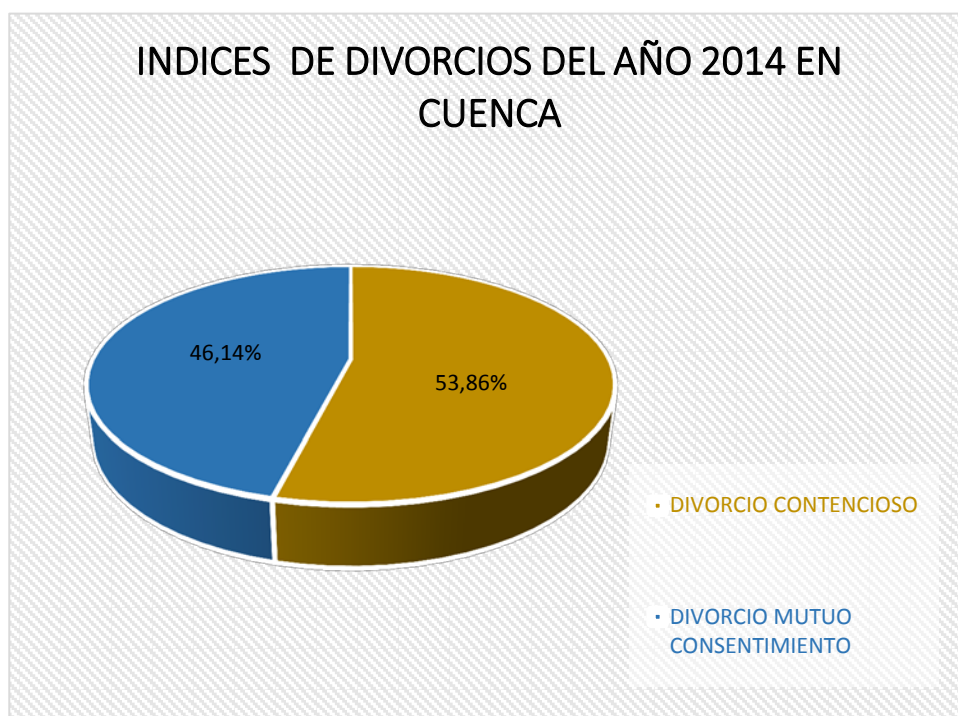
El testigo debe cumplir con la llamada ciencia de la razón, misma que hace referencia a las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las que el testigo adquirió el conocimiento de un hecho, la manifestación de estas circunstancias hará presumir verosímil al hecho, y en virtud de ellas podrá dar la razón de sus dichos. (123)

En este caso la prueba testimonial no ha sido eficaz para probar las dos causales de divorcio invocadas por el actor, pues estas declaraciones hacen mención a la separación de los conyuges pero no han sido claras, determinantes, específicas y más aún no han dado razón de sus dichos, haciendo presumir a los jueces todo lo contrario, a más de ello dichos testigos nada han manifestado respecto de la actitud hostil que manifiesta el actor en su demanda, los jueces han sido acertados al rechazar la demanda pues la prueba aportada no ha podido aportar elementos de convicción que hagan presumir al juez que la demanda cometió dicho hecho de allí que mal podría declarar disuelto el vínculo matrimonial.

### **3.2 Índice de Divorcios Contenciosos del año 2014.**

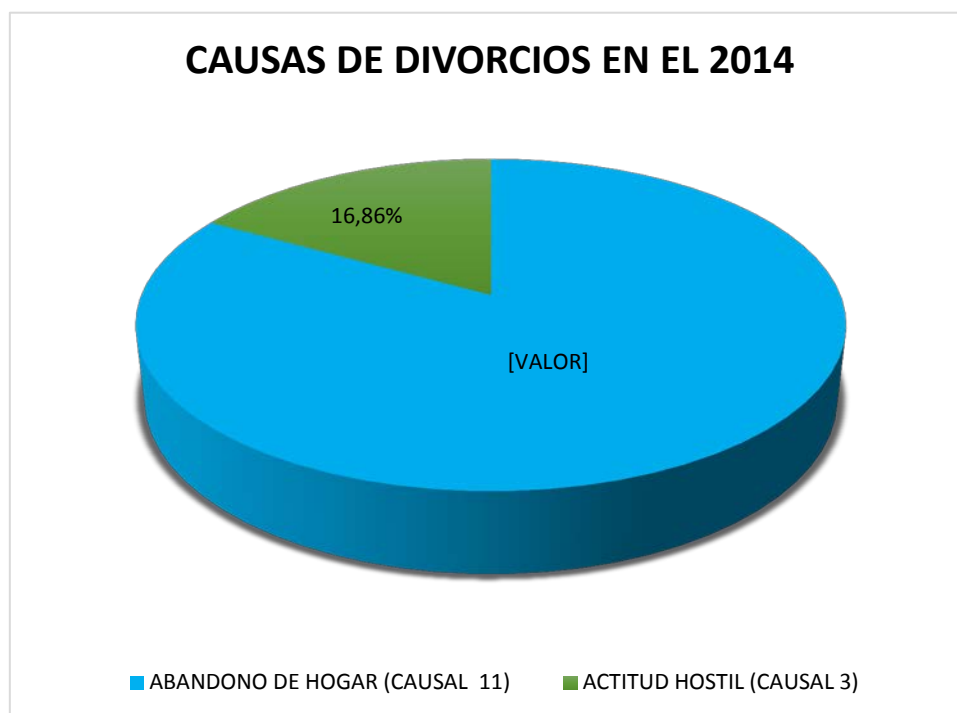
Los juicios de divorcio han ido cada año aumentando en nuestro país, de allí que he visto necesario realizar un muestreo de cuáles son las causales más comunes por las que una pareja llega a solicitar la disolución del vínculo matrimonial,

Primero se representará los Juicios de Divorcio Contencioso y Divorcio por mutuo consentimiento que se registran en el año 2014 en las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca.



De la información proporcionada por el Departamento de Estadística del Consejo de la Judicatura, en el presente cuadro que corresponde a cada tipo de juicio; en este se puede observar que el tipo de divorcio que ha predominado en el año 2014 es el divorcio contencioso con 3463 causas, mientras que en divorcio por mutuo consentimiento se tiene 2967 causas, que me da una diferencia muy reducida porcentualmente, lo que causa mucho asombro el alto índice de divorcios en nuestra ciudad.

El siguiente cuadro representa las Causales por las que se proponen la acción de divorcio con mayor índice en las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca durante el año 2014, este cuadro representa conforme las causales vigentes en el Código Civil en dicho año.



De trescientos cincuenta juicios de divorcio contencioso revisados de la lista proporcionada por la institución antes mencionada, un número de 291 se sustentan en la causal onceava *“Abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año ininterrumpidamente”* para demandar el divorcio; mientras que 59 casos por la causal tercera *“Injurias graves o actitud Hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”*, tengo que aclarar que las acción propuesta para disolver el vínculo matrimonial por esta causal son en base únicamente a la actitud hostil; quedando inadvertidas en dicho año las 9 causales restantes, contenidas en el artículo 110 del Código Civil, por lo que podríamos decir que son poco utilizadas o no se registran comúnmente.

Recordemos que la causal onceava fue sustituida por la siguiente *“Abandono injustificado de uno de los cónyuges por más de 6 meses”* constando ahora en el numeral nueve del artículo 110 del Código Civil; y, la causal tercera fue sustituida por el siguiente texto *“.El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”*, todo esto en

virtud de la ley reformativa al Código Civil publicada en el Registro Oficial 526 el 19 de Junio del 2015.

Este último cuadro estadístico representa la cantidad de juicios de divorcio que llegaron a obtener sentencia ya sea favorable o no, y aquellos de los cuales se solicitó recurso de apelación y están en trámite.



De los 350 procesos revisados, 347 han obtenido sentencia favorable misma que ha quedado ejecutoriada en primera instancia en virtud de no haber interpuesto recurso alguno, esto quiere decir que el actor en la etapa probatoria doto al juez de suficientes elementos de convicción para que este en sentencia haya declarado disuelto el vínculo matrimonial; 1 continua en trámite; y finalmente 2 casos en los que se está tramitando aun el recurso de apelación, lo que da a notar que en su gran mayoría llegan a su etapa final, no quedando en el abandono y más aún retrasados por un trámite judicial lento.

## CONCLUSIONES

Durante el desarrollo del presente trabajo, me he percatado que el divorcio es un tema muy complejo desde lo social, familiar, cultural, y obviamente Jurídico, de abundante y diverso contenido, con muchos temas muy interesantes para desarrollar ya que derivan de muchas fuentes de conflicto como: violencia, infidelidad, de orden social como es el delito, de orden médico como es las enfermedades entre otros, imposibles de abarcarlos en un solo trabajo monográfico, es por esta razón que he escogido uno de los más importantes, interesante y presente en el quehacer procesal y profesional diario. Cuyo capítulo más importante es el análisis de la prueba que se reduce a saber qué se prueba, cómo se prueba, cuando se prueba, ante quien se prueba y sobre todo que medios son idóneos para demostrar cada causal, este es el punto o tema en el que se inserta el objeto de mi monografía; la *"Validez y Eficacia del testimonio en el juicio de divorcio contencioso"*, tema que me ha traído gran satisfacción, porque me ha permitido explorar un sinnúmero de magistrales obras, de las cuales he obtenido guías, pautas que me han ayudado a la culminación de la presente monografía, de las cuales he llegado a las siguientes conclusiones:

**PRIMERA:** El Divorcio es uno de los medios a través de los cuales se puede dar por terminado el vínculo matrimonial, este puede ser voluntario o contencioso, el primero de ellos no ha sido materia de análisis en esta monografía debido a que la naturaleza del procedimiento prescinde de este medio probatorio y de cualquier otro, ya que bastará únicamente la manifestación voluntaria y de consuno de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial que los une; no siendo así en el segundo caso, el divorcio contencioso procede por una o más causales establecidas en el Código Civil, el cónyuge que se creyere asistido por alguna de ellas, tendrá derecho a plantear dicha acción ante las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, únicamente el Juez o Jueza competente podrá en sentencia dar por terminado el vínculo matrimonial y

consecuentemente ordenar que dicha sentencia se inscriba en el correspondiente libro de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

**SEGUNDA:** Con las reformas al Código Civil dadas en fecha 19 de Junio del presente año se reducen de manera formal de 11 a 9 causales pero a criterio muy personal considero que anteriormente existían 13 hoy 10 causales por las que el cónyuge perjudicado puede plantear la acción de divorcio siempre que preexista un matrimonio válidamente celebrado, además estas no deben hallarse prescritas, he podido concluir que de las 9 causales, siete prescriben en un año de la siguiente manera: las causales uno, cinco y seis, contado desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate; las causales dos, tres y cuatro, contado desde que se realizó el hecho; la causal siete, contado desde que se ejecutorió la sentencia respectiva; mientras que las causales ocho y nueve no prescriben sino se extinguen, la primera por la desaparición de la conducta alcohólica o toxicómana de cualquiera de los cónyuges, y la novena por la reconciliación de estos, esto en virtud de que el art 16 de la ley Reformatoria al Código Civil nada manifiesta al respecto de la prescripción de las mismas.

**TERCERA:** La preexistencia de los hechos que originan la causal, no garantiza que en sentencia se llegue a alcanzar la disolución del vínculo matrimonial, todo dependerá de la prueba que se presente dentro del juicio, pues como sabiamente lo manifiesta el catedrático Dr. Káiser Machuca ésta es el corazón del proceso, deberá ser presentada, ordenada y evacuada oportunamente, el actor imperativamente está llamado a probar aquellas afirmaciones que propone en el libelo de la demanda y el demandado las excepciones planteadas en la contestación de la misma, para ello la Ley le otorga una variedad de medios probatorios, de los cuales podemos hacer uso dependiendo de la causal que invoquemos.

**CUARTA:** La prueba testimonial es la más común, utilizada en la mayoría de causales, muchas veces por ser el único medio completo, idóneo, capaz, conducente para llegar a la verdad de los hechos cuando se



carece de otros medios probatorios; y otras veces, utilizada como complemento en la presentación de otras pruebas; es así que no en todas las causales la prueba testimonial es idónea e eficaz para demostrar los hechos constitutivos de la causal.

**QUINTA:** La prueba testimonial, para ser considerada idónea debe cumplir con ciertos requisitos de forma y fondo que la ley exige, entre ellos tenemos los de validez, en el cual el testimonio debe ser pedido, admitido y rendido oportunamente, en el tiempo, lugar y modo establecido, ante la Autoridad competente, testimonio libre y voluntario, cuyo manifestante deberá gozar de aptitud física, moral e intelectual, además que no exista prohibición legal en cuanto a la recepción del testimonio en determinado proceso; y los de eficacia que miran a que el testimonio sea jurídicamente apto, idóneo y conducente para la demostración de las causales; así quien rinde el testimonio no deberá tener perturbaciones psicológicas al momento de rendir su declaración, presencia de intereses personales o familiares que pudieren afectar la veracidad del testimonio, no adolecer o tener defecto en el órgano que utilizo en la percepción del hecho y sobretodo es muy importante que el testigo manifieste cual es la razón de sus dichos y que ésta guarde relación con el conocimiento del hecho que tiene el testigo. El testimonio de la persona que se halle inmerso en incapacidades absolutas carecerá de validez y eficacia mientras que el testimonio de los que tengan una incapacidad relativa como los menores de edad serán válidos y eficaces dentro del proceso.

**SEXTA:** El hecho de que la prueba testimonial cumpla con los requisitos de validez, no precisamente conlleva a que ésta sea eficaz para demostrar cada una de las causales, pues esta dependerá de cada caso, es así que en el análisis de mi monografía he llegado a la conclusión que la prueba testimonial puede ser rendida observando todas las formalidades de ley, pero en el fondo no tendrá la fuerza probatoria, como es el caso de la causal octava en la que imperiosamente se deberá presentar prueba documental, es así que actuaría simplemente como prueba completaría, ya que el solo testimonio no es suficiente para demostrar la causal, no siendo

así en las demás causales, en las que, ésta desarrolla un papel principal, trascendental, pues su presentación basta para que los hechos que motivan la causal sean plenamente demostrados, pudiendo o no ser enriquecida con otros medios probatorios.

**SEPTIMA:** Podrán ser testigos aquellas personas que reúnan los requisitos de idoneidad; por excepción pondrán serlo aquellos que no cumplan con uno de estos requisitos por ejemplo: los menores de edad y los familiares, podrán ser testigos dentro del juicio de divorcio pese a que no cumplen el requisito de edad e imparcialidad en cada caso, mas dependerá del juez su valoración; pero sin embargo el testimonio de los retrasados (débiles mentales), los alienados, los crónicos (alterados mentalmente), epilépticos, los desequilibrados mitómanos, los delirantes de imaginación, los histéricos, los alienados por excitación o depresión, los mentes captus o morones carecen de valor probatorio, pues su testimonio altera la verdad de los hechos y más aún la eficacia del mismo, en virtud de ello son incapaces absolutos, por lo que el juez no podrá fundar su fallo en el testimonio dado por aquellos, pero si podría hacerlo de acuerdo a su criterio y análisis en el testimonio de los primeros, pese a estar inmersos en una incapacidad relativa.

**OCTAVA:** Nuestra legislación permite en ciertos casos que los menores de edad sean testigos; pero, como lo dijimos en el numeral anterior su valoración dependerá del juez; mas sin embargo nada dice de las personas que se hallan en una edad avanzada; estos si bien, podrían ser testigos, quedara en el Juez de igual manera su valoración, es menester que el Juez o Jueza tenga mucho celo al recibir estos testimonios, ya que generalmente las personas de la tercera edad disminuyen su capacidad intelectual, sobre todo su capacidad de captación fiel y certera de los hecho, su capacidad de almacenamiento y capacidad de evocación; dependiendo esta de la fuerza del estímulo y de ciertas circunstancias que rodean al hecho como: la distancia que se halla una persona en relación a los hechos, la obscuridad o claridad u otras; pues una persona que se halle a un metro de distancia no podrá captar mejor de aquella que está más cerca del lugar

del hecho; así también la obscuridad es otro factor que no nos permite ver de forma clara lo que ocurre, en estos casos nuestra capacidad de percepción se encuentra limitada más aun de aquellas personas de avanzada edad.

**NOVENA.-** Aunque asome un tanto discriminatorio y peregrino podría decir que el sexo del testigo también incide en el testimonio, por ejemplo: una mujer por identidad de género declara a favor de otra mujer, como es el caso de feministas que se apuestan a declarar por resentimientos en contra del sexo opuesto y mas no porque hayan sido testigos de los hechos y conozcan de la verdad de los mismos, nuevamente el juez llamado a ponderar este testimonio.

**DECIMO.-** La escala de Valores que practica un ser Humano es otro de los factores que inciden en el testimonio, lo que es bueno para uno es malo para otros, lo que es justo, para otros es injusto; en fin, así el testimonio de cada uno será diferente en base a aquello, pues cada persona percibirá de distinta manera los hechos en virtud de la escala de valores que tengan, por ejemplo: el testimonio de una monga que vea a una persona casada bailando de forma extrovertida con otra que no sea su cónyuge, será diferente por considerar un acto reprochable, llegando inclusive a tener la idea de la infidelidad y por otro lado una persona normal considerara que bailar de tal modo es algo normal o estar a la moda.

**DECIMO PRIMERO:** En razón de encontrarse derogado el artículo 121 del Código civil por la disposición derogatoria séptima del Código Orgánico General de procesos, el allanamiento seria eficaz para demostrar la causal, además como el allanamiento se asimila a la confesión Judicial, bien podría pedirse al demandado, y de aceptar el estar incurso en la causal demandada, tal confesión constituiría prueba suficiente y fundamento de la sentencia.

**DECIMO SEGUNDO:** Del muestreo realizado en este presente trabajo, he podido concluir que muchas causales que se mantienen son poco

utilizadas, es decir casi nunca, han sido consideradas para plantear la acción de divorcio, ya que por la naturaleza de los hechos que se encasillan en la causal son difíciles de probar, inclusive con la prueba testimonial (Adulterio, tentativa), pese a la reforma al código Civil se sigue manteniendo aquellas causales olvidadas por quienes pretenden disolver el vínculo matrimonial, pues las mismas recurren aquella más fácil para plantear el juicio de divorcio, esta es el Abandono, así lo hemos podido corroborar conforme el muestreo realizado de los divorcios contenciosos del año 2014, y conforme se halla regulada actualmente, con mayor razón seguirá siendo la causal que los cónyuges recurran para solicitar el divorcio.

## RECOMENDACIONES

Al concluir el presente trabajo monografía, desde mi punto de vista personal, creo indispensable, realizar algunas recomendaciones que deberían ser consideradas tanto por las administradores de Justicia, abogados y en general por todos aquellos que se hallen inmersos en esta problemática social, sabiendo que la prueba testimonial es compleja, importante, única para demostrar ciertas causales, no es menos cierto que esta es manoseada, ultrajada a conveniencia de intereses personales; siendo menester contar con herramientas claras y seguras para que esta no perjudique a la otra parte, por ello hago las siguientes recomendaciones:

**PRIMERA:** Quien está llamado a receptar la prueba testimonial es el juez o jueza, más sin embargo, esto no ocurre, esta tarea complicada es realizada por secretarios y en algunos casos ayudantes de la administración de justicia que carecen de la preparación necesaria para tomarse a cargo tal diligencia, de allí que es necesario que el juez encargado sea quien se apersone de la misma pues suponemos que aquellos tiene la preparación necesaria para receptar la prueba testimonial y de no serlo así sería muy importante que estos se instruyan al respecto, a decir de algunos Juristas la prueba testimonial es una de las más frágiles, pues el error es una constante; de allí que es necesario más rigor por parte del Juez o Jueza ya que en virtud de la propia naturaleza del testimonio este puede ser manipulado afectado voluntaria e involuntariamente, consciente o inconsciente, por factores endógenos y exógenos vinculado con circunstancias de tiempo, lugar y modo en el que se dieron los hechos. Sería inadmisibles que el juez sentencie sobre testimonios que no recepto en el cual no solicito ampliación, aclaraciones, o simplemente no presiono para llegar a la verdad material de los hechos, llegando al extremo de que resuelve el juicio en base a prueba testimonial contradictoria, lo que tres testigos del actor afirman, tres testigos del demandado niegan.

**SEGUNDA:** Es menester hacer un llamado de conciencia a todos los profesionales del derecho y a la sociedad en general, que tengan en cuenta que la prueba testimonial es un medio probatorio permitido por la ley con el

fin de demostrar la certeza de los hechos que interesan al proceso y mas no utilizarla deformando la verdad en aras del interés personal de una de las partes para perjudicar a la otra.

**TERCERA:** Es importante contar con normas claras, es por ello que considero necesario establecer de manera precisa el tiempo de prescripción de la causal octava y novena, el artículo 16 de la ley reformativa al Código Civil que hace mención a la prescripción de las causales nada dice al respecto de estas dos últimas de allí que puede llevar a malas interpretaciones queriendo hacer valer los conyugues su derecho de acción en cualquier tiempo y lugar; así mismo con la Ley Reformativa al Código Civil, la causal 11 fue remplazada por el numeral nueve del artículo 11 de dicho cuerpo legal; mas sin embargo es menester que la misma indique de manera clara si ambos cónyuges tienen derecho a plantear la acción de divorcio, pues esta deja un vacío legal, pudiendo ser interpretada la norma como si permitiera que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar el divorcio, lo que sería un absurdo ya que se estaría premiando al que ha incurrido en la causal, pues nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

**CUARTA:** Considero necesario que exista una norma que permita explícitamente o prohíba demandar el divorcio por más de una causal; hay casos en donde se da la concurrencia de varias causales y se ha solicita el divorcio en base a todas ellas, algunos jueces no han dado paso a aquella, disponiendo que el actor determine cuál es la causal por la que solicita el divorcio y en otros casos esta es admitida a trámite; incluso los mismos testigos pueden declarar sobre los hechos constitutivos de una u otra causal, es por ello que considero necesario exista normas que regulen este particular.

**QUINTA:** Pese a la reciente reforma al Código Civil se siguen manteniendo causales que son poco utilizadas y porque no decirlo no van acorde a la realidad de nuestro país, es por ello que apremia a mi modo de pensar que algunas de ellas sean derogadas o se implementen otras causales como: la incompatibilidad de caracteres, ésta es una causa por la que muchos matrimonios terminan en virtud de que la personalidad de uno

no le permite adaptarse con la del otro y viceversa, desencadenando una serie de conflictos que los lleva a la final a separarse; otra causal que considero debería implementarse es la declaración unilateral de dar por terminado el vínculo matrimonial, desde mi punto de vista el fundamento del matrimonio es el amor, y si este termina por parte de uno de los conyugues sería ilógico que estos sigan unidos por meras formalidades como es el matrimonio civil, no es posible que se obligue a una persona a seguir formalmente casado cuando está a dejado de tener esos lazos afectivos por su cónyuge, de nada sirve el contrato matrimonial si uno de ellos ya no quiere permanecer al lado del otro.

**SEXTA:** Ha sido sorprendente ver la cantidad de divorcios que existen cada año en nuestro país, de allí que he considerado y quizá parezca una idea descabellada, que podría adoptarse en nuestro país la figura del matrimonio renovable, mismo que ya se ha implementado en México; esta figura jurídica es más que un contrato que dura dos años, tiempo en donde los cónyuges se dan la oportunidad de conocerse y valorar como es la vida en pareja, posterior a ello podrán renovar el mismo o dar por terminado el vínculo matrimonial. De cada diez matrimonios diría yo seis se terminan divorciando esto implica actualmente el trauma de las partes de pasar por un divorcio, gastos económicos, carga procesal en las diferentes Unidades de la Familia Mujer Niñez y Adolescencia y engorrosos trámites judiciales; mismos, que con esta figura disminuirían, pues transcurrido dicho tiempo si el matrimonio funciona, los cónyuges pueden continuar unidos bajo el vínculo matrimonial a través de la renovación de dicho contrato, y si es todo lo contrario pueden recurrir al divorcio, pues no se puede obligar a ninguno de los cónyuges a permanecer juntos.

## BIBLIOGRAFÍA.

Almeida, Marcelo. *Doctrina sobre el Libro Primero de Derecho Civil las Personas*. Cuenca, Editorial Universidad Católica de Cuenca, 2012.

Aguirre, María. *Divorcio Contencioso*. Loja, Editorial Jurídica, 2010.

Bravo, Hernán. *Incidencias socio – jurídicas, derivadas del tiempo para plantea el divorcio, en el cantón Machala, provincia de el oro, en el periodo 2006 – 2007. Propuesta reforma al art. 110 en los numerales 3 y 11 del Código Civil Ecuatoriano*. Machala, s. ed., 2009.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Décimo novena edición, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 2008.

Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Quito, CEP, Actualizado 2011.

\_\_\_\_\_. *Código de Procedimiento Civil*. Quito, CEP, 2000.

\_\_\_\_\_. *Código Orgánico General de Procesos*, Quito, CEP, Actualizado 2015.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Quito, CEP, Actualizado 2015.

Couto, Ricardo. *Derecho Civil Personas*, Volumen III, México, Editorial Universitaria, 2002.

Coviello, Nicolás. *Doctrina general del Derecho Civil*. Cuarta Edición, México, Editorial Hispano-América, 1949.

Claro, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo I, Segunda Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978.



Gorphe, Francisco. *La Crítica del Testimonio*. Tercera Edición, Madrid, Instituto Editorial Reus S.A. s/f.

Echandía, Hernando. *Teoría general de la Prueba Judicial*. Tomo I, Tercera edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zabalia-editor Alberti 835, 1974.  
\_\_\_\_\_. *Teoría general de la Prueba Judicial*. Tomo II, Tercera edición, Buenos Aires, 1974.

Espinosa, Galo. *Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Segunda edición, tomo V, Quito, Librería Jurídica Alameda, 1987.

Larrea, Juan. *Compendio de Derecho Civil del Ecuador*, Editorial la Unión C.A., Quito, 1968.

Larrea, Juan el at; *Compendio De Derecho Civil*. Editorial La unión C.A., Quito; 1968

Lovato, Juan. *El Divorcio Perfecto*. Quito, Editorial Universitaria, 1957.

Machuca, Kaisser. *Apuntes de clase de Derecho Procesal Civil*. Cuenca, 2012-2014.

Meza, Ramón. *Manual de Derecho de la Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo III, Vigésimo Segunda Edición. Madrid, Editorial RAE, 2001.

\_\_\_\_\_. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo VI. Vigésima Segunda Edición. Madrid, Editorial RAE, 2001.

\_\_\_\_\_. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo 10, Vigésimo segunda edición. Madrid, Editorial RAE, 2001.



Somarriva, Manuel. *Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Nascimento, 1946.

\_\_\_\_\_. *Derecho de Familia*, Tomo primero, Santiago, Ediar Editores Ltda., 1983.

Estudiando Derecho. <http://auladerecho.blogspot.com/2013/10/causal-de-divorcio-sevicias-injurias.html>, acceso: 11 mayo 2015.

García, Saray. *El Divorcio en el antiguo Egipto*, <http://sobreegipto.com/2011/09/14/el-divorcio-en-el-antiguo-egipto/>, Acceso: 10 diciembre 2015.



## ANEXOS



Oficio No. FJA-DPA-2015-2773

Cuenca, 02 de octubre de 2015

Señora  
Cecilia Peñaloza  
Presente.

De mi consideración:

Luego de expresar un cordial saludo, me permito poner a su consideración la información solicitada, referente al listado de procesos por divorcios contenciosos que han ingresado en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca en el año 2014.

Cabe recalcar que por el tamaño de la información, se ha enviado la misma al correo cecyls1@hotmail.com en archivo de Excel contenidas en 79 hojas.

Quedo a las órdenes ante cualquier duda o aclaración, esperando que la información brindada sea de ayuda.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,

  
Ing. Jose Luis Iturralde Pesántez  
**UNIDAD DE ESTUDIOS JURIMÉTRICOS Y ESTADÍSTICA JUDICIAL**  
**Dirección Provincial del Azuay**  
**CONSEJO DE LA JUDICATURA - AZUAY**



C.C.: **Doctor**  
**Esteban Alberto Flores Solano**  
**Director Provincial del Consejo de la Judicatura del Azuay**  
**DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL AZUAY**  
**CONSEJO DE LA JUDICATURA - AZUAY**

DIRECCIÓN PROVINCIAL - AZUAY  
Av. José Peralta y Cornelio Merchán, Cuenca  
(07) 2000-100  
www.funcionjudicial.gob.ec

Hacemos de la justicia una práctica diaria

1/1



Oficio No. FJA-DPA-2015-3376

Cuenca, 08 de diciembre de 2015

Señora  
Cecilia Peñaloza  
Presente.

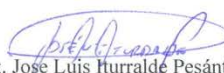
De mi consideración:

Luego de expresar un cordial saludo, me dirijo a Usted en relación a Oficio s/n de fecha 7 de diciembre de 2015, con el fin de proporcionar la información solicitada referente al listado de procesos de Divorcio por Mutuo consentimiento que se han conocido en la ciudad de Cuenca, correspondiente al año 2014, para lo cual se envía el archivo mediante correo electrónico por lo extenso de la información.

El archivo digital se ha enviado el día de hoy, martes 8 de diciembre de 2015, al correo electrónico cecyls1@hotmail.com, proporcionado por la parte interesada.

Con sentimientos de distinguida consideración

Atentamente,

  
Ing. José Luis Hurrelde Pesántez  
**UNIDAD DE ESTUDIOS JURIMÉTRICOS Y ESTADÍSTICA JUDICIAL**  
Dirección Provincial del Azuay  
**CONSEJO DE LA JUDICATURA - AZUAY**

C.C.: Doctor  
Jose Vicente Andrade Velez  
Director Provincial del Consejo de la Judicatura del Azuay  
DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL AZUAY  
CONSEJO DE LA JUDICATURA - AZUAY



DIRECCIÓN PROVINCIAL - AZUAY  
Av. José Peralta y Cornelio Merchán, Cuenca  
(07) 2000-100  
www.funcionjudicial.gob.ec

Hacemos de la justicia una práctica diaria

1/1